

TESIS DE DOCTORADO

EL DERECHO A LA PROPIA VOZ COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Julia Ammerman Yebra

ESCUELA DE DOCTORADO INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2020

AGRADECIMIENTOS

Empezando por los agradecimientos *patrimoniales*, esta memoria de tesis doctoral no sería posible sin el apoyo del Ministerio de Educación y sus contratos de Formación de Profesorado Universitario; de la Xunta de Galicia y sus programas de Iniciativa Xove; de la Universidade de Santiago de Compostela (USC), especialmente su Facultad de Derecho y Biblioteca Concepción Arenal; y del Grupo de Investigación *De Conflictu Legum*, una *rara avis* por su capacidad para conseguir proyectos de investigación de excelencia en un ámbito, el jurídico, en el que escasean. Si bien es cierto que se pueden afrontar unos estudios de doctorado sin sustento económico, no lo es menos que las dificultades para finalizarlo con éxito serán muchas y variadas. Soy consciente del privilegio que he tenido al disponer de este apoyo, que ha sido fundamental no solo para la realización de la tesis y la adquisición de libros y material, sino también para completar el solitario trabajo de investigación con otras actividades enriquecedoras e igual de necesarias, como las estancias en otros centros universitarios o la organización y la asistencia a encuentros científicos nacionales e internacionales.

Los agradecimientos *morales* son muchos más, ciertamente inabarcables, por lo que me limitaré a nombrar a quienes más relación han tenido con esta memoria de tesis. En primer lugar, a mis tutores académicos en otros centros de investigación, que me aportaron diferentes perspectivas con las que abordar el trabajo: Antoni Rubí Puig (Universitat Pompeu Fabra), Stefan Leible (Universität Bayreuth), Stacey Dogan (Boston University), y Raquel Guimarães (Universidade do Porto). Por su interés y plena predisposición académica, también debo mencionar a los profesores Teodora F. Torres García y Andrés Domínguez Luelmo (Universidad de Valladolid), Jesús Delgado Echeverría (Universidad de Zaragoza), y Claudio Sarteá (Università di Roma Tor Vergata); a quienes conforman el área de Derecho civil de la USC; a los miembros de *De Conflictu Legum*; y a aquellas y aquellos juristas más vinculados al “movimiento Carmona”, que “soplan desde

el sur” pero llegan a todos los confines. En segundo lugar, a mis amigos y compañeros de diferentes mundos, especialmente a los del mundo jurídico y artístico (pero no solo) por ser confidentes en tantos momentos. Por supuesto, a mi familia, personas a las que más quiero, pilares y claves de bóveda cuando yo me tambaleo y cómplices de mi alegría. Finalmente, en especial debo agradecer a las *almae matres* de este proyecto, María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, directora y codirectora de la tesis. Infatigables académicas, minuciosas y brillantes, han sido las mejores guías que he podido tener; lo tuve claro desde aquellas clases en la Facultad de Periodismo, y lo reitero diez años después, en medio de esta triste crisis sanitaria en la que he podido constatar, todavía más, su enorme humanidad y generosidad. Mi deuda con ellas es inextinguible.

Julia Ammerman Yebra

Santiago de Compostela, 17 de mayo de 2020

EL DERECHO A LA PROPIA VOZ COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD



ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	15
LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD.	
PERSPECTIVA HISTÓRICA	15
Introducción	15
1. La protección de la personalidad en la	
civilización romana	16
1.1. Época arcaica	17
1.2. Época clásica.....	21
1.3. Época post-clásica.....	27
2. El respeto a la persona en la Edad Media	30
2.1. Derecho visigodo	31
2.2. La injuria en el <i>Fuero juzgo</i>	35
2.3. El honor en los Fueros medievales y en las Siete Partidas ..	36
3. Los bienes personales en la Escuela	
española de Derecho natural.....	42
3.1. Contexto histórico	42
3.2. La Escuela de Salamanca: la precursora de la noción de derecho	
subjetivo	46
3.2.1. Domingo de Soto	49
3.2.2. Luis de Molina.....	52
3.2.3. Francisco Suárez.....	53
3.2.4. Breve apunte sobre la primigenia noción de enriquecimiento	
sin causa.....	55
3.3. Repercusiones de la escolástica española.....	56

4. El iusnaturalismo racionalista y la teoría de los derechos innatos	59
4.1. La “empatía imaginada” de Lynn Hunt como fundamento de los derechos humanos	59
4.2. El iusnaturalismo racionalista. Grocio y Pufendorf	62
5. Los comienzos de la Codificación y su escasa atención a la persona	66
5.1. Los primeros Códigos civiles	66
5.1.1. Baviera, Prusia y Galitzia Occidental.....	67
5.1.2. El Code Napoleón.....	70
5.1.3. El ABGB austríaco y otros códigos de la época.....	71
5.2. Los proyectos de Código civil españoles	72
5.2.1. El Proyecto de CC de 1821	72
5.2.2. El Proyecto de CC de 1836	74
5.2.3. El Proyecto de CC de 1851	76
5.3. Los Códigos civiles de mediados del siglo xix.....	77
5.3.1. El Código civil chileno de 1855	77
5.3.2. El Código civil italiano de 1866.....	79
5.3.3. El Código civil portugués de 1867	80
6. El origen de la teoría de los derechos de la personalidad y su progresiva codificación.....	83
6.1. Contexto histórico	83
6.1.1. Los comienzos de la protección de los bienes inmateriales	84
6.1.2. La “fugacidad de las representaciones artísticas” vs. su fijación.....	86
6.1.3. La invención de la fotografía y la aparición de los derechos de imagen.....	87

6.1.4. La invención del fonógrafo (o gramófono) y la tímida formulación de un derecho a la propia voz.....	88
6.2. La jurisprudencia sobre derechos de imagen en la segunda mitad del siglo xix	90
6.2.1. Del “caso Rachel” al “caso Sara Bernhardt”	90
6.2.2. Casos italianos	94
6.2.3. El “caso del pisapapeles” y el de “Otto von Bismark”	94
6.2.4. Del “caso Marion Manola” al “caso Pavesich”	96
6.3. El reconocimiento de los derechos de imagen en clave de género	98
6.4. La doctrina precursora en la formulación de la categoría de los derechos de la personalidad.....	101
6.4.1. PUCHTA vs. SAVIGNY	101
6.4.2. GAREIS, GIERKE y KOHLER.....	103
6.4.3. COUHIN y PERREAU	105
6.5. El Código civil de 1889 y la recepción de la teoría de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico español	107
6.5.1. La ausencia de la categoría en el CC de 1889	107
6.5.2. La STS de 6 de diciembre de 1912.....	109
6.6. Códigos civiles europeos de la primera mitad del siglo xx...	110
6.6.1. La ausencia inicial de la categoría en el BGB y su paulatino reconocimiento en el § 823 BGB	110
6.6.2. El CC suizo de 1907	114
6.6.3. El Codice civile italiano de 1942 y el CC griego de 1946	116
7. La expansión de los derechos de la personalidad. Nuevos derechos. Entre ellos, la voz.....	117
7.1. Contexto histórico.....	117

7.2. Primeros pasos: la toma en consideración de la voz como derecho de la personalidad en Francia.....	118
7.3. El nuevo Derecho general de la personalidad en el ordenamiento jurídico alemán	121
7.4. El Código civil portugués de 1966 y su pormenorizada regulación de los derechos de la personalidad.....	123
7.5. El nuevo art. 9 del <i>Code civil</i>	126
7.6. Nuevos Códigos civiles con mención a la voz.....	127
8. La conceptualización doctrinal de los derechos de la personalidad en España durante el siglo XX	131
8.1. Primeros pasos: Ruiz y Tomás y su mención a la voz.....	131
8.2. La consolidación de la teoría por Castán Tobeñas y De Castro y Bravo	137
CAPÍTULO II.....	142
CUESTIONES ACTUALES Y PROBLEMÁTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, EN GENERAL, Y DEL DERECHO A LA VOZ, EN PARTICULAR.....	142
1. Introducción.....	142
2. ¿Estamos ante un sistema abierto o cerrado de derechos de la personalidad?.....	143
2.1. La configuración de la categoría en el ordenamiento jurídico español.....	143
2.1.1. Las teorías monista, pluralista e intermedia	143
2.1.2. Consecuencias del reconocimiento constitucional de un “núcleo duro” de derechos de la personalidad.....	145
2.1.3. La existencia de “otros” derechos de la personalidad fuera de ese “núcleo duro”.....	147
2.1.4. La paradoja de una Ley Orgánica de protección “civil” de derechos constitucionales	148

2.1.5.	Breve apunte de Derecho comparado.....	149
2.2.	La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como válvulas de flexibilización de nuevos derechos.....	150
2.2.1.	Derecho español: el art. 10.1 CE.....	150
2.2.2.	Derecho comparado.....	155
2.3.	El art. 10.2 CE.....	158
2.4.	Una enumeración (no exhaustiva) de los derechos de la personalidad.....	160
2.4.1.	Derecho al honor	160
2.4.2.	Derecho a la intimidad personal y familiar	163
2.4.3.	Derecho a la propia imagen	170
2.4.4.	Derecho a la protección de datos personales (“autodeterminación informativa”).....	172
2.4.5.	Derecho al nombre	178
2.4.6.	Derecho a la identidad	181
2.4.7.	Derecho moral de autores y artistas.....	185
2.4.8.	Derechos de nuevo cuño.....	187
3.	Las intromisiones ilegítimas en la voz de las personas.....	188
3.1.	Introducción: el “caótico” art. 7 LO 1/1982	188
3.2.	Las intromisiones por medio de aparatos de escucha	190
3.3.	La divulgación de hechos a través de la voz.....	191
3.4.	Intromisiones en el derecho de imagen, ¿y por analogía en el derecho a la voz?	192
3.5.	El uso de la voz para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga	194
3.6.	La difamación por medio de la voz.....	196
3.7.	Recapitulación.....	196

4. El consentimiento previsto en la LO 1/1982	197
4.1. El consentimiento del art. 2.2. LO 1/1982	197
4.2. El consentimiento de los menores de edad	199
4.3. El consentimiento de las personas con discapacidad	205
5. La patrimonialidad de los derechos de la personalidad incorporal	210
5.1. La doctrina académica	210
5.1.1. Introducción: de la extrapatrimonialidad a la patrimonialidad. El valor económico de una voz	210
5.1.2. La doctrina defensora de un derecho patrimonial separado del concreto derecho de la personalidad.....	211
5.1.3. La doctrina defensora de un único derecho de la personalidad, con contenido personal y patrimonial	214
5.2. Los “vaivenes” de la doctrina jurisprudencial	216
6. La protección <i>post mortem</i> de los derechos de la personalidad	219
6.1. Introducción: las voces de los difuntos	219
6.2. El fundamento constitucional y el contenido de la facultad de disponer para después de la muerte	221
6.3. El alcance de la protección <i>post mortem</i> de la LO 1/1982	223
6.4. Crítica a la doctrina del TS tras el <i>caso Dalí</i>	227
6.5. La protección <i>post mortem</i> en el derecho comparado: el caso alemán, estadounidense e italiano	230
7. La delimitación entre los derechos de la personalidad y los derechos de propiedad intelectual de los artistas	236
7.1. El carácter creativo de la interpretación. La interpretación artística como fenómeno jurídicamente protegible	236
7.2. Los derechos de los artistas.....	239

7.3.	Coordinación entre ambos grupos de derechos	244
7.3.1.	Los derechos patrimoniales del cantante vs. su derecho a la voz. Analogía con los derechos de imagen.....	244
7.3.2.	Los derechos morales de la cantante vs. su derecho a la voz	246
	CAPÍTULO III.....	249
	LA VOZ COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA.....	249
	1. Introducción: el estudio de la voz desde diferentes perspectivas	249
1.1.	La voz como instrumento de comunicación y expresión...	249
1.2.	La voz como instrumento identificativo	250
1.3.	La voz como instrumento musical y de trabajo	252
	2. La configuración dogmática actual del derecho a la voz.....	255
2.1.	El derecho a la voz en la doctrina comparada	255
2.1.1.	<i>La doctrina italiana</i>	255
2.1.2.	<i>La doctrina portuguesa</i>	261
2.1.3.	<i>La doctrina alemana</i>	264
2.1.4.	<i>La doctrina francesa</i>	268
2.1.5.	<i>La doctrina estadounidense</i>	277
2.1.6.	<i>Otra doctrina comparada</i>	289
2.2.	La doctrina española	291
2.2.1.	La voz como bien jurídico, pero no como derecho autónomo de la personalidad	291
2.2.2.	La voz como parte del derecho de imagen	294
2.2.3.	La voz como derecho autónomo de la personalidad, pero no como derecho fundamental.....	295

2.2.4. La voz como derecho autónomo de la personalidad y, además, como derecho fundamental.....	298
3. El tratamiento jurisprudencial de la voz en España.....	301
3.1. Voz e intimidad.....	301
3.2. Voz e imagen	302
3.3. La voz, ¿y solo la voz?.....	303
3.3.1. El caso “voz del metro”	303
3.3.2. El caso Tom Waits (2005)	304
4. Una propuesta de configuración del derecho a la voz como derecho de la personalidad	307
CAPÍTULO IV	313
LA VOZ Y EL CONTRATO.....	313
1. Introducción.....	313
2. La voz en la fase de gestación del contrato.....	314
3. La voz en la fase de celebración del contrato.....	315
3.1. Los contratos verbales	315
3.2. La firma de contratos a través de la voz	317
4. La voz en la fase de cumplimiento del contrato.....	320
4.1. Introducción: la voz como objeto de negocios jurídicos de disposición	320
4.2. La voz como prestación principal del contrato	322
4.2.1. <i>El sector musical</i>	323
4.2.2. <i>El sector del doblaje</i>	329
4.2.3. <i>Casos en donde la voz es el objeto único del contrato</i>	331
5. La disposición contractual de la voz	333

5.1. La disposición contractual de los derechos de la personalidad en la doctrina comparada	333
5.1.1. <i>La doctrina italiana</i>	333
5.1.2. <i>La doctrina portuguesa</i>	337
5.1.3. <i>La doctrina alemana</i>	339
5.1.4. <i>La doctrina francesa</i>	342
5.2. La doctrina española	344
5.2.1. <i>La situación anterior a la LO 1/1982</i>	344
5.2.2. El consentimiento para la intromisión según la LO 1/1982. Primeras críticas	344
5.2.3. Posturas actuales.....	347
5.2.4. El anclaje de la doctrina del TS a la revocabilidad <i>tout court</i>	351
5.2.5. Crítica a la doctrina jurisprudencial.....	353
5.3. Una propuesta de régimen dispositivo de los derechos de voz	354
5.3.1. <i>Concepto y naturaleza</i>	354
5.3.2. <i>Objeto del contrato</i>	358
5.3.3. <i>Perfección del contrato</i>	360
5.3.4. <i>Eficacia y duración</i>	361
CAPÍTULO V	366
POSIBLES ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA VOZ	366
1. La tutela de la voz como derecho de la personalidad	367
1.1. Introducción: la tutela otorgada por la LO 1/1982.....	367
1.2. Las acciones preventivas o inhibitorias	369
1.3. Las acciones de restauración y resarcimiento específico...	371
1.4. La acción de indemnización de daños	371

1.4.1.	La presunción del daño moral	372
1.4.2.	El resarcimiento de los daños morales y patrimoniales 374	
1.5.	La acción de enriquecimiento sin causa.....	383
1.5.1.	Introducción.....	383
1.5.2.	La <i>condictio</i> por intromisión	387
1.5.3.	La <i>condictio</i> en el ámbito de los derechos de la personalidad. En especial, en el derecho a la voz.....	389
2.	La tutela de la voz a través de la normativa sobre protección de datos.....	405
2.1.	La voz como dato de carácter personal.....	405
2.2.	La voz como dato biométrico	408
2.3.	La acción del art. 82 RGPD	411
3.	La tutela de la voz desde el punto de vista de la propiedad intelectual.....	413
3.1.	Los derechos a la paternidad e integridad de la prestación del art. 113.1 LPI.....	413
3.2.	El doblaje en la propia lengua del artista	414
3.2.1.	El art. 113.2 LPI	414
3.2.2.	El art. 113.3 LPI	417
3.3.	La acción de indemnización de daños por vulneración de derechos morales	420
4.	La tutela de la voz desde el punto de vista de la propiedad industrial: las marcas sonoras	423
4.1.	Introducción: las marcas no convencionales.....	423
4.2.	¿La voz como marca de una persona?	424
5.	La tutela de la voz desde la normativa sobre competencia desleal	427
5.1.	Introducción	427

5.2. La imitación de la voz en el ámbito publicitario.....	428
5.3. El aprovechamiento indebido de la reputación profesional (art. 12 LCD).....	430
5.4. Acciones del art. 32 LCD.....	431
CONCLUSIONS	433
LISTADO DE JURISPRUDENCIA	439
BIBLIOGRAFÍA	449



CAPÍTULO I

LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Introducción

Cabe advertir al lector que las figuras que se van a estudiar en el presente capítulo, y que protegen lo que hoy llamamos derechos de la personalidad, han ido evolucionando a lo largo de la historia. En este sentido, la construcción de una teoría sobre los derechos de la personalidad, aunque tiene raíces antiguas, es relativamente reciente. No estamos, por tanto, ante una institución como podría ser, por ejemplo, la de la compraventa, que en su esencia (intercambio de un bien por su valor en dinero) apenas ha variado. Por el contrario, los hoy llamados derechos de la personalidad, especialmente en su vertiente espiritual, tenían otro contenido, a veces totalmente diferente al actual, o bien no existían. La evolución más notable la encontraremos en el derecho (primero idea, sentimiento) al honor, término de difícil definición todavía en la actualidad, pues lo que se proteja dependerá de la cultura y costumbres de cada sociedad en un determinado momento histórico¹. El derecho a la intimidad en la antigüedad no se protegía como tal, o quizá solo en cuanto afectase al honor, o en tanto se prohibiese el allanamiento de morada. Y el derecho a la propia imagen, directamente no existía, pues su reconocimiento irá ligado a la aparición de mecanismos de fijación de la misma, como la fotografía².

¹ Ya se decía en los comentarios a Las Siete Partidas que “con los tiempos y circunstancias varía la significación de las palabras y por consiguiente la gravedad y malicia de las injurias (...), [Varía] hasta con las circunstancias particulares del caso y personas, y aun con el gesto y con la inflexión de la voz”. Comentario a la Partida VII, Tít. IX, sobre las deshonras, en edición de 1844, p. 146.

² No obstante, entre los primeros casos jurisprudenciales que han llegado hasta nosotros hay algunos en los que la intromisión en el derecho a la propia imagen se produce a través de retratos o dibujos realizados a mano, pero serán una excepción. Al respecto, *vid. infra* ap. 6.2.1., cap. I.

Hoy en día existe un cierto acuerdo en torno a lo que se puede llamar el “núcleo duro” de los derechos de la personalidad³, pero la categoría continúa siendo dinámica y con contornos difusos, lo que significa, por una parte, que la enumeración de aquellas facetas de la persona que se consideran objeto de protección no puede ser cerrada y, por otra, que la jurisprudencia, legislación y doctrina académica deben seguir perfilando estos derechos. Así, por ejemplo, el derecho a la identidad, o el estudiado en esta memoria de tesis doctoral, el derecho a la voz, parecen estar entrando cada vez más (aunque con diferente fortuna) en los ordenamientos jurídicos para atender a las nuevas exigencias que la protección de la persona requiere en cada etapa histórica y en cada sociedad.

Lo que está claro es que, si bien su formulación como derechos subjetivos y su configuración como categoría dogmática ha sido una conquista de los dos últimos siglos, en la antigüedad no se desconocía la protección jurídica de los valores que encarnaba la personalidad humana⁴.

1. La protección de la personalidad en la civilización romana

En la sociedad romana valores como la privacidad, la decencia, la buena reputación, el prestigio social o la fama eran muy importantes,

³ Con la expresión de “núcleo duro de los derechos de la personalidad” se refiere GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 610 a aquellos derechos que protegen la integridad personal, tanto en su vertiente física (vida, integridad física) como espiritual (integridad moral, honor, intimidad, imagen, protección de datos, identidad, nombre, voz, derecho moral de autor, derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones concretas e incluso se plantea la autora la existencia de un derecho a no ser discriminado).

⁴ Como apunta RUÍZ MIGUEL (2014), p. 2864, “En la historia casi siempre se pueden encontrar antecedentes de las más rabiosas novedades y restos más o menos vivos de las más venerables antigüedades. (...) La historia, según la ocasión, puede verse también como un continuo en el que no hay novedad sin olvido y, a la vez, como un hervidero de ideas en conflicto en el que los vivos conversan con los muertos, los clásicos, que de ese modo reviven y sobreviven más allá de su propia época”.

por lo que el Derecho no los descuidó⁵. Las ofensas a la personalidad⁶ aparecerán bajo la figura de la *iniuria*⁷, término que encontramos ya en la época arcaica del Derecho romano y que se mantendrá hasta el período post-clásico, pero cuyo contenido irá variando.

1.1. ÉPOCA ARCAICA

La Ley de las XII Tablas (451-449 a.C.)⁸, concretamente la norma de la Tab. VIII, 4, decía que el que causase injuria a otro (*iniuria faxit*),

⁵ Si bien se barajó la idea de la influencia griega en este ámbito, PUGLIESE (1941), pp. 39-77 y SCHULZ (1951), p. 598 lo ven improbable. En cambio, DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1240, menciona la “*dike kakégorias*”, disposición del Derecho griego que castigaba las ofensas físicas y morales a la persona. También CAPELO DE SOUSA (1995), pp. 40-47, habla de una tutela de la personalidad en Atenas sustentada en la idea de *hybris* (significando “exceso”, “injusticia”, “insolencia”) y de su respectiva ley y acción judicial punitivas que sancionaba ultrajes a las personas y que progresivamente se fue ampliando para abarcar otras ofensas a la personalidad como agravios corporales o difamaciones.

⁶ Los romanos distinguían, desde un punto de vista religioso, tres expresiones de la personalidad: *imago*, *numen* y *genius*, elementos que podían llegar a ser objeto de devoción idolátrica y religiosa. La *imago* era la representación de la personalidad en su sustrato físico, su retrato, o incluso a veces su estatua, aunque en un sentido religioso no representaba a la persona en lo que esta tenía de corporal, sino como ser dotado de espiritualidad, según D’ORS, A. (1988), pp. 191-196. Desde un punto de vista jurídico, no podemos considerar que los romanos protegiesen la imagen como tal de una persona. La protección de la personalidad incorporal en época romana se ceñirá, como veremos, a cuestiones honoríficas y de reputación y estima social.

⁷ Etimológicamente, *iniuria* procede de *in* (prefijo que indica negación) e *ius* (derecho), por lo que vendría a significar que algo se ha hecho *non iure*. Pero no será hasta la etapa post-clásica cuando se consolide la *iniuria* con el significado de todo agravio intencionalmente causados a la personalidad. Sobre la definición del término *iniuria* en fuentes romanas, *vid.* HEUMAN-SECKEL (1958), p. 269, recogiendo ambas acepciones: por un lado, *jedes Unrecht, jede Widerrechtlichkeit*, y por otro, *vorsätzliche Verletzung der Persönlichkeit eines Menschen*.

⁸ El Derecho contenido en las XII Tablas será *ius civile*, es decir, el Derecho civil que es propio del pueblo romano. Así, la expresión *ius civile* significará en esta época el Derecho nacional, el propio, exclusivo de la ciudad, el que es útil a la mayoría de los ciudadanos. Este concepto se contrapondrá al *ius gentium*, que será el Derecho común a todos los pueblos. Por otra parte, la equiparación Derecho civil-Derecho privado no se dará todavía en el pueblo romano; si bien la parte más elaborada del Derecho de Roma será aquella que trate de las relaciones privadas de los ciudadanos, de las personas, obligaciones, herencias y contratos, también abarcará instituciones hoy

sería condenado al pago de 25 *asses*. Esta previsión debemos ponerla en relación con las dos anteriores (Tab. VIII, 2 y 3), que castigaban la mutilación de un miembro (*membrum ruptum*) y la fractura de hueso (*os fractum*)⁹. Todo parece apuntar a que la primitiva *iniuria* de la ley decenviral se utilizaba para las lesiones físicas menos graves como bofetadas o golpes, y se dejaban los otros dos supuestos para las agresiones de mayor entidad a la persona, como eran las amputaciones o fracturas¹⁰. No obstante, no son pocas las discusiones que se han generado en torno a este extremo, la primera de ellas sobre si los tres preceptos decenvirales mencionados formaban parte de una regulación global de la *iniuria* en las XII Tablas –entendiendo el *membrum ruptum* y *os fractum* como *iniuria* cualificada, y dejando la *iniuria faxit* para lesiones menores–, o eran tres supuestos diferentes. La mayor parte de la doctrina se decanta por considerar como *iniuria* solo el caso de la Tab. VIII, 4, en el que expresamente se menciona el término¹¹. La justificación viene dada, fundamentalmente, por la notable diferencia en la pena, de 25 *asses*, frente a las mucho más graves del talión, prevista para el caso de *membrum ruptum*, o de 300 o 150 *asses* en el caso de *os fractum* –dependiendo de si el ofendido era persona libre o esclava–¹². No obstante, algún romanista ha defendido la unidad de los

insertas indudablemente en el Derecho público como los delitos públicos o las reglas de procedimiento y de oficio del Juez. DIEZ PICAZO (1959), pp. 604-610.

⁹ La fuente original de los preceptos decenvirales no se conserva, pero encontramos su testimonio en textos romanos posteriores. Concretamente, los de la Tabla VIII, 2, 3 y 4 se mencionan en las Instituciones de GAYO (Gai. 3,223), en las sentencias de PAULO (PS. 5,4,6), y en las Instituciones de JUSTINIANO (I.J. 4,4,7), entre otros. Estos textos se han consultado, respectivamente, en las ediciones de HERNÁNDEZ TEJERO (1985), pp. 301-303; FOSSATI VANZETTI (1995), p. 108 y HERNÁNDEZ TEJERO (1961), pp. 230-233.

¹⁰ SCHULZ (1951), p. 594.

¹¹ MOMMSEN (1898), trad. esp. por DORADO (1898), p. 244; CORNIL (1930), pp. 80-82; PUGLIESE (1941), pp. 5-14; SCHULZ (1951), p. 594; PLESCIA (1977), p. 278.

¹² Sobre la división del Derecho de las personas en época romana, es de destacar la apreciación que hace BARRIENTOS GRANDÓN (2016), pp. 63-64, sobre la tendencia que hubo en la cultura del Derecho común a entender que las divisiones contenidas en los textos del Digesto (en concreto, D. 1, 5), y las Instituciones de Justiniano (I, 3) eran “divisiones de las personas” o “de los hombres”, más que una división del “Derecho de las personas” (*de iure personarum*), como era en realidad. Este Derecho de las personas se dividía, pues, de forma triple: en primer lugar, la *summa divisio*

tres preceptos, deduciendo que no es hasta la aparición de la *actio iniuriarum* cuando surge como delito específico¹³. Según esta opinión, es más coherente integrar el *iniuria faxit* en la previsión de *os frangere*, pero intercambiando el papel de los sujetos implicados en la agresión: la pena de 25 *asses* se impone precisamente a la originaria víctima del *os frangere* cuando se defiende del agresor y le causa, a su vez, daños. Por eso la diferencia cuantitativa de las penas, debiendo ser menor aquella que surge de unos daños causados en respuesta a una agresión¹⁴.

Un segundo aspecto discutido y de mayor interés es si la *iniuria* de las XII Tablas comprendía tanto la ofensa física como la moral. Buena parte de los romanistas opinan que la primigenia *iniuria* solo alcanzaba a aquellos atentados contra la integridad física de la persona, teniendo que esperar a una evolución posterior para su expansión hacia ciertas violaciones de la personalidad incorporal¹⁵. Esta postura es fácil de sostener si se atiende a la citada clasificación que considera la previsión de la Tab. VIII, 4 (*iniuria faxit*) para las lesiones físicas menos graves, y las otras dos para las más graves, en las que explícitamente se condenan agravios contra la integridad física de la persona.

Otro sector doctrinal entiende, por el contrario, que incluía ambas ofensas, tanto la física como la moral. Ello justificaría que se utilice un término tan general como el de *iniuria* para referirse a lesiones menores,

entre libre y siervo, que es la que se contempla en los preceptos decenvirales comentados; en segundo término, entre *sui iuris* o *alieni iuris*, y por último entre aquellas personas sometidas a tutela, curatela, y las que no se encontraban en ninguno de los dos supuestos anteriores.

¹³ BIRKS (1969), pp. 165-178. El autor hace una reinterpretación de los textos de GAYO, PAULO y SEXTO CECILIO en los que aparece mencionado el precepto de la Tab. VIII, 4, para deducir que no tuvo por qué constituir un delito independiente hasta la aparición de los Edictos pretores.

¹⁴ BIRKS (1969), p. 189. La traducción conjunta que hace el autor de ambos preceptos sería: *Si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenae sunt; si iniuria alteri faxsit, XXV poenae sunt*. ("If a man has broken a bone, where the victim was a free man, let the ransom be 300; where the victim was a slave, let the ransom be 150; if he has done it wrongfully to the other, let the ransom be 25"). El *alteri* (the other) sería el causante de que el sujeto entre la primera previsión y la segunda cambiase.

¹⁵ MOMMSEN (1898), trad. esp. por DORADO (1898), p. 243; PUGLIESE (1941), p. 40; SCHULZ (1951), p. 594; COOLIDGE (1970), p. 274. MANFREDINI (1979), p. 51.

en vez de expresiones concretas como *pulsare*, *verberare*, o *percutere*¹⁶. Asimismo, también se ha sostenido que podría quedar en entredicho que *iniuria* solo comprenda violencia física si atendemos a la relación con la *occantatio* y la *mala carmina*, también previstas en las XII Tablas (Tab. VIII, 1 a y b)¹⁷, y cuya naturaleza se ha tildado tanto de difamatoria como mágica, no estando claro su encaje como caso de *iniuria*¹⁸. Sobre este extremo, se ha considerado que la *occantatio* pudo entenderse como caso de difamación, y por tanto claro predecesor del *convicium* posterior, superándose así el salto dado por la *iniuria* hacia la protección de la esfera moral de la persona¹⁹.

Por último, incluso encontramos a algún autor que defiende que el término *iniuria* de la Tab. VIII, 4 solo se refiere a las ofensas morales y no a las físicas. Así, los daños físicos solo los consideraría *iniuria* si por su naturaleza eran más una ofensa al honor que a la propia integridad física²⁰.

¹⁶ GIOFFREDI (1980), p. 154. Lo cierto es que, como dice MANFREDINI (1994), p. 806, el uso de la palabra *iniuria* resulta un cuerpo extraño en el cuadro de la concreción expresiva de las normas decenvirales, ya sea en el caso de que se acepte la lectura tradicional (*facere iniuriam*), como si se opta por *iniuria facere*.

¹⁷ Como recoge PLESCIA (1977), p. 276, el supuesto de *mala carmina* parece referirse a los encantamientos por “magia negra”, y el de *occantatio* a lo que más tarde se denominó *convicium facere*, es decir, lo dicho en voz alta, de carácter grosero, y con afán de que se escuche. Ambos casos se sancionaban con la muerte. La explicación que da PLESCIA a tan grave pena es que en las sociedades arcaicas había una “cultura de la vergüenza”, por lo que la infamia era considerada una ofensa grave, y la magia negra una amenaza a la comunidad.

¹⁸ PLESCIA (1977), p. 280, señalando que PAULO, en sus Sentencias (PS. 5,4,6), incluye las previsiones de la Tab. VIII, 1 a y b en la categoría general de *iniuria*. MANFREDINI (1979), p. 51, claramente tacha como no concluyentes los argumentos que intentan ver una conexión entre la *occantatio* y el *convicium facere* pretor posterior (deduciendo la existencia en las XII Tablas de una disposición prohibitiva de la difamación oral y escrita), pues en algunos casos se basan en mala interpretación de las fuentes. Vid. también FERNÁNDEZ PRIETO (2002), pp. 154 y ss.

¹⁹ BIRKS (1969), p. 174 y 206-207. No obstante, SCHULZ (1951), p. 593, cuando habla de la *iniuria* en las XII Tablas, no menciona estos dos supuestos de la Tab. VIII, 1.

²⁰ DA NOBREGA (1967), citado por PLESCIA (1977), p. 274 y DE LA PUERTA MONTROYA (1999), p. 35. Sobre la opinión de DA NOBREGA, BIRKS (1969), p. 164, dice que puede resultar dudoso sostener que la *iniuria* decenviral ya lidiaba con cuestiones de honor,

1.2. ÉPOCA CLÁSICA

Mayor unanimidad –en parte debido a la mejor conservación de las fuentes– encontramos a la hora de estudiar la *iniuria* en época clásica. Desde aproximadamente el siglo III a. C. el pretor, figura con enorme poder a la hora de interpretar y desarrollar el Derecho, la va a ir regulando a través del Edicto²¹. Si bien al principio los pretores solo modificarán las reglas de procedimiento y las sanciones de las XII Tablas que aún estaban en vigor, a partir del s. I a. C. comenzarán a alterar sustancialmente el Derecho, por lo que las leyes decenvirales se tornarán obsoletas²².

Pero antes de analizar los Edictos pretores, debemos destacar la importancia que tuvo en el desarrollo de la *iniuria* el principio romano de la *humanitas*, término con el que se define el sentimiento de dignidad y de sublimidad propios de la persona humana, valor singular que la obliga a construir su propia personalidad, a educarse, a respetar y a favorecer el desarrollo de la personalidad ajena. Aunque en un inicio la idea de la *humanitas* pertenecía a un pequeño grupo de “hombres eminentes y de alta cultura”, se extenderá en época republicana y se consagrará en la época imperial, confluyendo finalmente con la “humanidad cristiana”²³. La *humanitas* exigirá, entre otras cosas, la limitación e incluso eliminación de la pena de muerte prevista en las XII

pues los testimonios que han llegado a nosotros a través de los textos romanos posteriores son equívocos.

²¹ Sobre la distinción entre el *ius civile* y el *ius praetorium* o *ius honorarium*, dice Díez Pícazo (1959), pp. 611-616, que salvando las distancias es la que estableceríamos entre el Derecho común (que representa la estabilidad jurídica, la supervivencia de los principios jurídicos generales) y el Derecho especial (el de las nuevas formas de tráfico), pues aunque se ocupan de las mismas instituciones, el primero procede de la ley, del senado consulto, del rescripto del príncipe, de la respuesta del prudente, mientras que el Derecho pretorio es netamente jurisprudencial, procede del magistrado, es el Derecho del Edicto del pretor. Por lo que es una distinción basada en la diferente naturaleza de la fuente de la que procede el Derecho. Cuando más adelante se compile el Derecho romano en el *Corpus iuris*, esta distinción desaparecerá.

²² PLESCIA (1977), p. 281.

²³ SCHULZ (1946), en su traducción al español por ABELLÁN VELASCO (1990), pp. 212-214.

Tablas²⁴. Por otra parte, este principio será determinante para la consideración de las ofensas morales como parte de la *iniuria* clásica²⁵.

El primer Edicto que encontramos es el llamado *Edictum Generale de Iniuriis Aestimandis*, por el que se concederá la *actio iniuriarum* general²⁶. A él se refiere GAYO tras comentar que las penas de las XII Tablas se habían vuelto insuficientes para sancionar las ofensas. Ahora será bien la víctima de la ofensa, bien el pretor en aquellas más graves, quien estime qué pena corresponde en cada caso²⁷. Aunque no se conserva el texto del Edicto general, importante doctrina ve probable que todavía no contenga una acción, sino tan solo el nombramiento de un tribunal de *recuperatores* para la estimación de la afrenta. Habitualmente se ha sostenido que este Edicto general fue el primero en dictarse, al que le siguieron otros específicos²⁸. No obstante, hay

²⁴ SCHULZ (1946), trad. esp. ABELLÁN VELASCO (1990), p. 223.

²⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1988), p. 329, recoge algunos de los numerosos términos con los que los textos clásicos designaban la buena o mala consideración o reputación social, que en ocasiones podría tener consecuencias jurídicas: *dignitas, pudor, decus, famositas, turpitud, probrum, opinio gravata, levis notae macula*.

²⁶ Sobre el origen de esta acción, y aun pareciendo desprenderse de las fuentes que estamos ante una acción pretoria, los romanistas lo dudan, considerándola bien de origen consuetudinario, bien civil. En apoyo de esta tesis, dicen que GAYO (Gai, 3,182), al sistematizar los delitos, le atribuye a este un origen civil, por lo que podría seguir manteniendo ese carácter. Sobre esta discusión, *vid.* GUERRERO LEBRÓN (2005), pp. 58-59.

²⁷ Gai. 3, 224: “Pero hoy nos regimos por otra norma, pues nos está permitido por el pretor que estimemos nosotros mismos la ofensa y el juez condena en tanto en cuanto nosotros hayamos estimado, o en menos, según le parezca. Pero como el pretor suele hacer la estimación de las ofensas más graves, si señala al mismo tiempo cuánto dinero se debe dar de fianza por aquel título, nosotros tasamos la fórmula por la misma cantidad, y el juez, que puede condenar en menos, la mayoría de las veces no se atreve a disminuir la condena en atención a la autoridad del pretor”. También tenemos constancia del Edicto en el Digesto de Justiniano (D. 47, 10, 15, 26). Los textos del Digesto se han consultado en D’ORS *et al.* (1975), especialmente el Libro 47, Título X, con rúbrica “Sobre la acción de injurias y los libelos difamatorios”, pp. 640-655.

²⁸ En este sentido, PLESCIA (1977), p. 280-283. El autor entiende que el *Edictum de convicio* fue posterior al general, sobre la base de que este promovió acciones *in factum* para proteger de daños a la reputación, motivo por el que se dicta el *Edictum de convicio*.

autores que no descartan que a este Edicto lo precediesen si no varios especiales, sí alguno de ellos²⁹.

El que mayoritariamente se ha entendido como primer Edicto especial sancionaba específicamente los atentados contra la buena reputación, y fue llamado *Edictum de convicio*³⁰, punto de inflexión para aquellos partidarios de que la desmaterialización de la *iniuria* decenviral se produce con las acciones pretorias. Siguiendo esta postura, la evolución partiría de que en el Derecho clásico las lesiones físicas no pueden dar lugar, por sí mismas, a una estimación pecuniaria, pues el cuerpo de una persona libre se consideraba algo inestimable. En cambio, sí podrían ser estimadas en cuanto ofensa a la dignidad de una persona, a lo que se conocía como *contumelia*³¹. Así, es el Derecho pretorio quien asimila el término *iniuria* al de afrenta, por lo que paulatinamente se van asimilando otras afrentas contra el honor de las personas, lo que se irá reflejando en los Edictos³².

En el *Edictum de convicio* se dice específicamente que el *convicium* es una forma de *iniuria* que protegía contra las vociferaciones ofensivas que fuesen contra las buenas costumbres, concretamente contra las *bonos mores* de la ciudad de Roma³³. De hecho, podía haber ofensas

²⁹ SANTA CRUZ / D'ORS (1979), pp. 653-655, en referencia a los Edictos especiales de *convicium*, de *adtemptata pudicitia* y a *quod infamandi causa fit*. Estos autores consideran que es posible que el Edicto general fuera posterior, al menos, al de *a quod infamandi causa fit*.

³⁰ Encontramos testimonio del Edicto en D. 47, 10, 15, (2-12). Comenzaba señalando: (2) Dice el pretor: “Daré acción contra aquel del que se diga que ha proferido insultos a voces en afrenta de alguien o ha hecho que se profirieran, faltando a las buenas costumbres”. Sobre este Edicto, *vid.* la monografía de BRAVO BOSCH (2007).

³¹ Etimológicamente *contumelia* procede del verbo *contemnere*, que vendría a significar “despreciar”. MÉHÉSZ (1969), p. 14, citado por ESCUTIA ROMERO (2010), p. 69.

³² SANTA CRUZ / D'ORS (1979), p. 654; MANFREDINI (1979), p. 49.

³³ D. 47, 10, 15, (3) Dice Labeón que el “convicium” [o insulto a voces] es una forma de injuria. (4) Se llama “convicium” porque se concitan o congregan voces, es decir, se juntan [para insultar a alguien] (...) (5) Y lo que añade el pretor, de que sea “faltando a las buenas costumbres”, indica que el pretor no censura toda vociferación dirigida contra una persona, sino la que reprueban las buenas costumbres y que es para difamar a alguien y concitar el odio contra él. (6) Dice, pues, “faltando a las buenas

verbales que no cayesen bajo este supuesto de *iniuria*, como serían los casos de lícita protesta pública en forma de *endoploratio*³⁴. El *convicium* podía darse tanto ante la presencia de una persona como si esta estaba ausente³⁵, e incluso se castigaba al que instigaba a realizar el acto ofensivo³⁶. Por último, se remarcaba que solo era acto ofensivo aquel producido a voces, por lo que si no había concurso de voces las palabras injuriosas proferidas por alguien quedarían sancionadas por otro Edicto especial, el *quod infamandi causa fit*, que veremos a continuación³⁷.

Las conductas realizadas con la intención de infamar a otro, de atentar contra su honor de una forma general, se castigaron, como decimos, con el Edicto *quod infamandi causa fit*. Esta formulación dejaba al pretor bastante margen de actuación, por lo que los romanistas han calificado al Edicto como “bastante subjetivo”, pues se requería que se apreciase en el agresor una intención de infamar³⁸. No obstante, se

costumbres” [y] debe entenderse, no las del sujeto que lo hizo, sino las de aquella ciudad en general.

³⁴ SANTA CRUZ / D’ORS (1979), p. 657.

³⁵ D. 47, 10, 15, (7) Escribe Labeón que la gritería no solo es contra una persona presente, sino también contra un ausente; por eso, si viniera alguien a [insultarte en] tu casa cuando tú estás ausente, se dice que se ha insultado a voces; y lo mismo debe admitirse si se ha venido a proferir los insultos en un puesto o tienda.

³⁶ D. 47, 10, 15, (8) No solo se considera que ha insultado a voces el que ha vociferado, sino también el que provocó la vociferación de otros, o el que envió a alguien para vociferar. (9) No sin motivo se añade “en afrenta de alguien”, pues si se hace contra una persona indeterminada, no hay acción. (10) Si no hubiera procurado que se vociferara contra alguien, pero no se llegó a hacer, no quedará sujeto a la acción.

³⁷ D. 47, 10, 15, (11) De esto se deduce que no toda maledicencia es insulto a voces, sino la que es con vociferación. (12) Sea una sola sean varias personas las que gritan, lo que se profiere en una reunión es insulto a voces; lo que no se profiere en una reunión ni con vociferación no se llama propiamente insulto a voces, sino dicho difamatorio. Esta última expresión, referida a la difamación, ha sido interpretada como referencia al Edicto *quod infamandi causa fit*. SANTA CRUZ / D’ORS (1979), p. 657.

³⁸ Así, PLESCIA (1977), p. 283. Encontramos alusión al Edicto en D. 47, 10, 15, (25 a 28). Comenzaba diciendo: (25): Dice el pretor: “que nada se haga con fin de difamación: si alguien lo hiciera, le castigaré según el caso requiera”. (26) Dice Labeón que este Edicto es superfluo, ya que bastaría, para poder reclamar por injurias, el otro Edicto general; pero (...) lo que es digno de censura, si no se censura

señalan tres conductas que generalmente daban lugar a calificar el acto como injurioso, alguna de ellas que hoy consideraríamos superflua, pero que resultan acordes con la conciencia social de la antigua Roma. Así, se lesionaba el honor de una persona vistiendo de forma sucia, dejándose crecer el pelo o publicando una copla ofensiva contra esa persona³⁹.

El siguiente Edicto especial fue el *de adtemptata pudicitia*⁴⁰, al que también se alude en el Digesto⁴¹, y que regula los atentados contra el pudor de una persona, concretamente las mujeres honradas (*matresfamilias*) y a los jóvenes hombres o mujeres (*praetextatus praetextatave*). Protegía contra tres actos distintos: separar, aún sin violencia pero en contra de las buenas costumbres, al acompañante de la víctima (*comitem abducere*)⁴²; el intento de seducción, dirigiendo

especialmente, puede parecer tolerado. (...) (28) Lo que dice el pretor de “si alguien lo hiciera, le castigaré según el caso requiera”, eso debe entenderse en el sentido de que el pretor se reserva plena facultad de castigar, esto es, que puede desatender la reclamación en consideración a la persona del que ejercita la acción de injurias o a la del demandado con ella, o incluso al acto mismo [y] la calidad de la injuria.

³⁹ D. 47, 10, 15, (27) Como regla general, prohíbe el pretor que se haga nada para difamar a alguien; por lo que, por cuanto alguien hiciera o dijera para difamar a otro se dará la acción de injurias. Los actos que sirven para difamar a alguien son principalmente los siguientes: vestir un traje de luto o muy sucio en escarnio de alguien, dejarse la barba o crecer el pelo [en señal de duelo], o componer y publicar con carteles o cantos alguna copla lesiva para el honor de alguien.

⁴⁰ Sobre este Edicto, *vid.* los trabajos de DE LAPUERTA MONTROYA (1999) y (2004), pp. 355-372.

⁴¹ D. 47, 10, 15 (15 a 24).

⁴² Ello se explica porque en la sociedad romana de la época era costumbre que la doncella y los jóvenes no caminasen solos por la vía pública, sino siempre acompañados por un esclavo o por familiares. GUERRERO LEBRÓN (2005), p. 39. En el Digesto encontramos una descripción pormenorizada de lo que constituiría esta ofensa en D. 47, 10, 15, (16) Debemos entender por acompañante el que acompaña y sigue, sea libre o esclavo, como dice Labeón, sea hombre o mujer. Labeón lo define así: “el que está al servicio de alguien, para acompañarle y seguirle, y que fuera apartado de su compañía en lugar público o privado”. Naturalmente, entre los acompañantes están también los pedagogos [que acompañan a los niños a la escuela]. (17) Dice Labeón que se entiende que se aparta al acompañante, no cuando se intenta, sino cuando se consigue de forma que el acompañante deje de estar con aquella persona.

palabras insinuantes contra la víctima (*apellare*); y seguir a las personas de forma asidua por la calle (*adsectari*)⁴³. De nuevo tratan de distinguir estas conductas de aquellas otras que fuesen en broma o de puro halago⁴⁴, o de aquellas que fuesen objeto de sanción por el Edicto *quod infamandi causa fit*⁴⁵. Por último, se detalla cuándo los actos son contra las buenas costumbres, por ejemplo, dependiendo de las apariencias o del vestido adecuado de la víctima⁴⁶.

Además de en los Edictos comentados, la *iniuria* clásica aparecerá en la *lex Cornelia*, que data del año 81 a.C. Si bien su texto completo no se conserva, de las fuentes⁴⁷ se extrae que introdujo la reclamación ante una *quaestio de iniuriis* para los casos de golpear (*verberatio*), azotar a alguien (*pulsatio*) y allanar un domicilio (*domum vi introire*). La doctrina estima que probablemente se amplió su campo de acción hacia otras conductas como la producción de escritos infamantes, es decir, hacia ofensas a intereses incorpóreos⁴⁸. Por otra parte, la ley

⁴³ Estos tres casos los encontramos en D. 47, 10, 15 (15) [sobre los atentados al pudor] si uno intenta seducir a doncellas (...) (18) Se considera que ha apartado al acompañante, no solo el que lo apartó con violencia, sino también el que persuadió al acompañante para que dejara de acompañar a aquella mujer (19) (...) el que quisiera seducir y persiguiera a alguna de aquellas personas (...). (20) “Seducir” es atentar con tiernas frases al pudor de alguien, lo que no es insultar, pero sí atentar contra las buenas costumbres. (...) (22) Una cosa es “seducir” y otra “perseguir”: seduce el que atenta al pudor de palabra, y persigue el que sigue muchas veces en silencio (...) (24) Creo que debe ser admitido al ejercicio de esta acción también el desposado, pues cualquier injuria que se haga a su novia es para afrenta suya.

⁴⁴ D. 47, 10, 15, (23) (...) no se puede demandar (...) a todo perseguidor ni a todo seductor, pues no incurre inmediatamente en el Edicto el que lo hace por broma o por honesta oficiosidad, sino tan solo al que lo hace contra las buenas costumbres.

⁴⁵ D. 47, 10, 15, (21) El que emplea palabras soeces no va contra el pudor, pero responde por la acción de injurias.

⁴⁶ D. 47, 10, 15, (15) (...) si uno intenta seducir a doncellas vestidas con traje de esclavas, se considera menor la falta, y mucho menor si son mujeres vestidas con traje de meretrices y no de señoras honestas. Así, pues, si una mujer no va vestida con traje de señora y alguien atentó contra su pudor o le quitó el acompañante, el que tal hizo [no] queda sujeto a la acción de injurias.

⁴⁷ D. 47, 10, 5 y D. 47, 10, 6.

⁴⁸ Así opinan SANTA CRUZ / D’ORS (1979), p. 659, entendiendo que, al igual que sucedió con otros *crimina*, se amplió su aplicación mediante senadoconsultos o

parece crear un régimen especial respecto a la *actio iniuriarum* común, pues es innovadora en ciertos aspectos —entre otras cosas, amplía la legitimación activa, prohíbe que determinados familiares ocupen la posición de juez en esta acción, o crea tribunales específicos para los supuestos que prevé—⁴⁹. Lo que está claro es que la víctima, en caso de que la ofensa tuviese cabida tanto en la acción privada como en la pública, debería elegir entre una de las dos vías⁵⁰.

En definitiva, en la etapa clásica, tanto la *iniuria* pretoriana como la legal no tenía unos límites claramente definidos, si bien está claro que ya protegía contra ofensas a la personalidad tanto físicas como morales. Pero esta expansión hacia la protección de intereses inmateriales conllevó que la *actio iniuriarum* no resultase tan eficaz contra las lesiones que acababan con la muerte de la víctima, pues la acción se concibió como *vindictam spirans*, es decir, que no era pasivamente transmisible, por lo que los familiares del fallecido carecían de la acción⁵¹.

1.3. ÉPOCA POST-CLÁSICA

El desarrollo de la *iniuria* en época post-clásica se caracterizará por una sistematización de los supuestos incluidos bajo este término⁵². Así, en primer lugar, nos encontramos con ofensas físicas como levantar la mano para golpear a alguien, darle con un palo, o suministrarle alguna

rescriptos imperiales. También MANFREDINI (1994), pp. 810 y ss., considera que la *lex Cornelia de iniuriis* comprendía la difamación escrita.

⁴⁹ Vid. PUGLIESE (1941), pp. 117 y ss. y GUERRERO LEBRÓN (2005), pp. 45-46, para un mayor análisis de las innovaciones introducidas por la *Lex Cornelia*.

⁵⁰ D. 47, 10, 6: (...) Por lo demás, si se ha indicado el nombre, puede demandarse también con la acción e injurias de derecho ordinario, y no debe impedirse que un particular ejercite la acción por prejuzgar con ello el juicio público, pues este pertenece a una causa privada. Claro que, si ya se ha ejercitado la acción pública, deberá denegarse la privada, y al revés.

⁵¹ SCHULZ (1951), pp. 597-599.

⁵² Por su claridad, hemos seguido la clasificación recogida por PLESCIA (1977), pp. 286-288. Otras ordenaciones formales se refieren a una tripartición de supuestos. Así, MOMMSEN (1898), trad. esp. por DORADO (1898), p. 244, dice que la personalidad podría ser ofendida de tres maneras: en su cuerpo, en su condición jurídica y en su honor.

sustancia para dañar su cerebro⁵³. A continuación, estarían las coacciones, como sería detener a una persona libre como si fuese un esclavo, impedir que alguien se lave en baños públicos o acuda al teatro, o entrar por la fuerza en domicilio ajeno⁵⁴. En tercer lugar, hallamos las conductas difamatorias como los escritos contra alguien o los insultos en voz alta⁵⁵. Las ofensas contenidas en el ya comentado Edicto *de adtemptata pudicitia* constituirían una cuarta categoría de *iniuria*, y, por último, quedarían una serie de supuestos que se englobarían genéricamente bajo el concepto bien de *iniuria* directa, bien de *iniuria* indirecta. Así, bajo aquellos se encuadrarían algunos casos del Edicto *quod infamandi causa fit*, además de ofensas como citar falsamente a una persona en juicio⁵⁶, o poner en venta un artículo dado en garantía de una deuda todavía no vencida⁵⁷. Por su parte, la *iniuria* indirecta protegía contra las ofensas hacia el honor de personas fallecidas, al considerarse que cometían *iniurias* contra los herederos los que insultasen a una persona fallecida, o contra los hijos cuando alguien apedreaba la estatua del padre fallecido⁵⁸.

Por otro lado, los juristas post-clásicos distinguieron también por la gravedad de la ofensa entre *iniuria* simple e *iniuria atrox*. Los factores que hacían que la *iniuria* se convirtiese en grave eran, por un lado, la naturaleza del acto (*ex facto*), el sitio –privado o público– en el que se producía (*ex loco*) y el estatus de la persona (*ex persona*)⁵⁹. La cuantía

⁵³ D. 47, 10, 15 (1); Gai, 3, 220, y D. 47, 10, 15, respectivamente.

⁵⁴ D. 47, 10, 22; D 47, 10, 13 (7) y D. 47, 10, 23, citando este último a la *Lex Cornelia de iniuriis*.

⁵⁵ D. 48, 15, 6-7 y D. 47, 10, 13 (7).

⁵⁶ D. 47, 10, 13 (3).

⁵⁷ D. 47, 10, 15 (32).

⁵⁸ El texto de D. 47,10,1,3 diferencia entre la *iniuria* directa y la indirecta, estimando que se puede injuriar a una persona directamente o por medio de otras que se encuentran bajo su potestad. De forma indirecta, quien insulta a una persona fallecida comete *iniuria* contra el heredero (D.47, 10, 1, 4) y, según Labeón, quien apedree la estatua del padre fallecido comete *iniuria* contra el hijo (D.47, 10, 27). Sobre la protección jurídica del honor *post mortem* en el Derecho romano, *vid.* el monográfico de GUERRERO LEBRÓN (2002).

⁵⁹ GAYO (Gai, 3.225): Se considera que la *iniuria* es grave, ya por el mismo hecho, como, por ejemplo, si alguien fuera herido, o golpeado o apaleado por otro; ya por el

de la pena aumentaba, por tanto, en proporción a la gravedad del escándalo, pues lo que se medía era la ofensa moral producida por la *iniuria*. Y es que es importante destacar que la pena no se refería al daño material, ni siquiera cuando se trataba de lesiones corporales, pues se consideraba que la integridad corporal de una persona libre, al igual que su libertad, era algo inestimable⁶⁰. Así, la doctrina entiende que se trataba más de “satisfacer psicológicamente” a la persona y no tanto económicamente⁶¹. Normalmente el juez aceptaba la estimación que hacía el propio ofendido, salvo en los casos de *iniuria atrox*, donde se solía introducir un límite en su tasación⁶².

La noción de *iniuria* no solo evolucionó a medida que iba desarrollándose el Derecho en general, abandonando progresivamente su “materialismo y rudeza” y tendiendo hacia su “inmaterialización”⁶³, sino que además fue decisiva para el cambio de *fas* a *ius*. Y ello porque en el primigenio Derecho romano no se tenía en cuenta el elemento de la *voluntas*, es decir, la ilicitud del acto era siempre independiente del hecho de que hubiese sido cometido o no por manifestación de la libre voluntad⁶⁴. En cambio, la ofensa de *iniuria* fue construida como acto antijurídico⁶⁵, todo ello de acuerdo con el ya mencionado principio de *humanitas*⁶⁶.

Por último, debemos hacer mención en esta sede al lugar prioritario que ocupó el Derecho de la persona en el sistema de Derecho romano.

lugar, como, por ejemplo, si se ofende a alguien en el teatro o en el foro; ya por la persona, como, por ejemplo, si la ofensa ha sido sufrida por un magistrado o hecha a un senador por una persona de clase humilde.

⁶⁰ D'ORS, J., (2016), pp. 216-217.

⁶¹ PLESCIA (1977), p. 288.

⁶² D'ORS, J., (2016), p. 217.

⁶³ En palabras de SANTA CRUZ TEJEIRO (1982), p. 525.

⁶⁴ Así, dice PLESCIA (1977), p. 288 que no había diferencia entre aquellos actos cometidos por personas con plena capacidad y adultas, y entre aquellos otros producidos por menores o incapaces.

⁶⁵ MOMMSEN (1898), trad. esp. por DORADO (1898), p. 252-254; SCHULZ (1951), p. 597. Como recoge este autor, a la voluntad de injuriar se la denominó de diferentes maneras: *iniuriae causa*, *infamandi causa*, *in iniuriam facere*.

⁶⁶ PLESCIA (1977), pp. 288-289.

La cuestión aparece por primera vez reflejada en la división básica del Derecho formulada por GAYO, quien dispuso que todo el Derecho se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones⁶⁷. En el Digesto se fundamentará la primacía de la persona al recogerse que “el Derecho se ha constituido por causa de las personas”⁶⁸, y finalmente en la *Instituta* se dirá que “poco se sabrá del Derecho si se ignora el de las personas, por causa de las que se ha constituido”⁶⁹. Esta concepción se mantendrá con la glosa, que añadirá que el primer lugar atribuido a la persona se debe a que por causa, razón y favor de las personas se componen los Derechos⁷⁰. Pero toda la importancia dada a la persona en esta época desaparecerá en la siguiente, en parte debido a que la despreocupación por la sistemática fue una constante en la doctrina medieval⁷¹.

2. El respeto a la persona en la Edad Media

Durante la Alta Edad Media, debido a la influencia de la cultura visigoda comenzarán a consolidarse dos caracterizaciones diferentes del honor u honra⁷², primero en los textos visigodos y después en los fueros municipales: una como jerarquía social, otra como fama pública. Sobre la primera, como vimos, el Derecho romano ya había contemplado en su última etapa el estatus de la persona como factores que influían en la gravedad de la *iniuria*. Por tanto, lo realmente distintivo de esta etapa será la consideración del honor como fama pública, pues el pueblo empezará a adquirir más relevancia como

⁶⁷ GAYO (Gai. I.8).

⁶⁸ D. 1,5,1: “*hominum causa omne ius constitutum est*”

⁶⁹ J. 1, 2, 12. Sobre las discusiones entre los romanistas a causa de la originalidad y carácter de esta división, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO (1952), p. 13, notas a pie 6 y 7.

⁷⁰ Glosa a J., 1, 2, 12, citada por DE CASTRO Y BRAVO (1952), p. 14.

⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO (1952), p. 14.

⁷² Según MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), p. 6, mientras que en el Derecho romano solo se hablaba de honor, en el Derecho visigodo y fueros medievales se empezarán a utilizar ambos términos, honor y honra, indistintamente.

elemento activo del cotidiano fluir de la historia, teniendo cada vez un mayor peso la opinión pública, el orgullo, la dignidad y el honor⁷³.

Por otra parte, debido a la aparición de los pueblos bárbaros y su progresiva conquista de los territorios de la Europa occidental, se irán substituyendo las leyes romanas por las nacionales de estos pueblos, es decir, por una pluralidad de ordenamientos de carácter localista y particular. El Derecho civil –*ius civile* romano– como tal desaparecerá, y no volverá a retomarse hasta el fenómeno de la Recepción, que veremos en su momento⁷⁴. Por lo tanto, para encontrar referencias a las injurias medievales tendremos que acudir primero a los códigos visigodos, y luego a los fueros y costumbres locales⁷⁵.

2.1. DERECHO VISIGODO

Los visigodos abandonaron Oriente y se trasladaron a Occidente en el año 401 d. C, pero conocemos poco sobre su primitivo Derecho⁷⁶. El primero de los textos conservados, el Código de Eurico⁷⁷, datado hacia el año de la caída del imperio de occidente, no contiene una regulación completa de todo el ordenamiento jurídico, y todo parece indicar que el término *iniuria* no aparecerá en él con el antiguo sentido del Derecho

⁷³ SÁNCHEZ-ALBORNOZ (1976), p. 621. Autores como SERRA RUÍZ (1969), p. 14, dicen que la influencia germánica será mayor que la romana en el tema que aquí nos ocupa. No obstante, sobre la discusión de si hubo mayor influencia germánica o romana en la regulación de la injuria en las fuentes jurídicas medievales, no vemos la necesidad de decantarnos por una u otra, sino más bien de asumir la teoría integradora de la que habla ALVARADO PLANAS (1997), pp. 99 y ss.

⁷⁴ Díez PICAZO (1959), pp. 619-622.

⁷⁵ La palabra “Código” tendrá diversos significados a lo largo del tiempo, aunque con el elemento común que ya deriva de su origen etimológico: *Codex* designa el tronco de un árbol y recuerda, en palabras de CARONI (1996), p. 22, tanto a las tablas sobre las cuales se escribía una vez, como al libro compuesto por las distintas tablas. Por lo que los Códigos serán las colecciones de reglas jurídicas escritas y convalidadas por la comunidad a la que se refieran.

⁷⁶ Las Leyes Teodoricianas son las primeras leyes visigodas de las que tenemos constancia, si bien no se han conservado.

⁷⁷ Según D’ORS, A. (1960), p. 1, debe considerarse fundamentalmente como fuente de Derecho romano vulgar. Este autor lo califica como “Edicto pluriprovincial”, y suponía la existencia de un código más general, el “Código de Teodosio”

romano clásico, pues según la mejor doctrina romanista se perdió como tal en el derecho vulgar⁷⁸.

El texto más representativo de la época goda es el *Liber Iudiciorum*⁷⁹ (en adelante, *Liber*), promulgado en el año 654, y del que la doctrina parece dudar sobre su mención a la injuria verbal⁸⁰: mientras que algunos autores descartan que tal conducta se recoja expresamente en el *Liber*⁸¹, los primeros comentarios que se hicieron a los códigos medievales muestran su cautela a la hora de incluirla, pero no la descartan por completo. Así, señalan que en la legislación visigoda

⁷⁸ La antigua *actio iniuriarum aestimatoria* determinará el régimen de las penas por lesiones, llamando *compositiones* a las estimaciones judiciales que se hacían en atención a la gravedad de la herida o la condición de las personas. D'ORS, A. (1960), p. 116.

⁷⁹ El *Liber Iudiciorum* es el primer gran texto legal español que recopila leyes al estilo de los Códigos romanos. Constituye, en palabras de sus estudiosos, “un mosaico precioso de la simbiosis social y legal entre el pueblo visigodo y el hispanorromano” (RAMIS BARCELÓ (2015), p. 11) que recoge la actividad legislativa de “unos reyes que son especialmente jueces” (PETIT (2001), p. 75). Según ZEUMER (1900), trad. CLAVERÍA (1944), pp. 87-88, tiene un innegable carácter “forense” y no constituye una exposición de todo un Derecho, sino solo la plasmación de aquellos preceptos referentes a los procedimientos judiciales y a las sentencias. Fue promulgado en el reinado del rey visigodo Recesvinto, por lo que también es conocido como *Código de Recesvinto*. Contiene doce libros, de los cuales el primero es más bien una suerte de “preámbulo retórico”, que “supera en mucho los preámbulos pomposos y vacuos de algunas leyes de Recesvinto”, y que según este autor fue redactado por un “rhetor” que nada entendía de Derecho. Sobre el carácter del código, se ha discutido si tiene más influencia germana o romana, predominando en la actualidad su contenido como Derecho romano vulgar, según PÉREZ MARTÍN (2002), p. 54.

⁸⁰ A los efectos de nuestro estudio, nos interesa el Libro VI, *De sceleribus et tormentis*, Capítulo IV, *De vulnere et debilitatione* (“de las heridas y de los abatimientos”) o, según otro traductor, *De contumelio vulnere et debilitatione hominum* (“de las heridas por ofensas y de los abatimientos”), por contener algunas conductas injuriosas. La versión (con su correspondiente traducción) del *Liber Iudiciorum* manejada ha sido la de RAMIS BARCELÓ/ RAMIS SERRA (2015), encontrándose el Libro VI, Tit. IV, en las pp. 488-503.

⁸¹ SERRA RUÍZ (1969), pp. 24 y 27; MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), p. 18, entiende que en los Derechos germánicos no parece preverse la injuria como ofensa contra el honor, si bien sí que defendían la dignidad del hombre incluso en situaciones que hoy no serían calificadas como tal, como el allanamiento de morada y estorbar en el paso del camino de otra persona.

probablemente hay una ley que habla de injurias verbales, la contenida en el Libro VI, Título IV, ley 7⁸². Esta ley, sobre “si un siervo hiciera un ultraje (*contumelium*) a un hombre libre” castigaba al siervo que fuese “indebidamente injurioso y sedicioso hacia una persona noble o ilustre”, pues por muy valioso (*idoneus*) que fuese el siervo, este sería sometido a azotes. La duda sobre si se trata o no de una injuria verbal viene dada porque la contumelia, dicen, puede hacerse tanto de obra como de palabra, y no está claro el sentido que aquí tiene⁸³.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, encontramos una ley del *Liber* en su Libro II, Título I, que sí que podría contener un tipo de injuria verbal. Sería su Ley 7, que prohibiría tanto incriminar como maldecir al Rey, príncipe, su familia o personas plebeyas, incluso si ya habían fallecido⁸⁴. La pena sería la pérdida de la mitad de los bienes del infractor. Por tanto, vemos cómo se acrecienta la protección a determinadas clases sociales o personas de “elevada dignidad” de

⁸² *Liber Iudiciorum*, VI, 4, 7: *Si servus ingenuo fecerit contumelium*: “Un siervo, por valioso que fuere, que no pretenda nunca ser indebidamente injurioso y sedicioso hacia una persona noble o ilustre. Y si lo hiciere, será sometido a cuarenta azotes. Si el siervo es más vil, recibirá cincuenta azotes. Ahora bien, si esta misma persona antes provocó al siervo de otro de manera que se produjere la injuria, ha de ser imputado a su negligencia que, por haber olvidado la nobleza y la paciencia, haya recibido lo que se merecía”.

⁸³ Así lo expresa DE LARDIZÁBAL Y URIBE (1815), p. 39, en el discurso que precede a la Edición del Fuero Juzgo de 1815 en latín y castellano.

⁸⁴ *Liber Iudiciorum*, II, 1, 9: “(...) Por eso, cualquiera que lance contra su príncipe una acusación de crimen o profiera en su contra una maldición sin procurar amonestarlo sobre su vida humildemente y en privado, sino que intente insultarlo de manera soberbia y ofensiva, o también si pretende detractarlo, con ignominias indignas e injuriosas, si es persona noble e instruida, tanto si es religioso como laico, cuando hayan hallado y descubierto, que pierda la mitad de todos sus bienes, sobre la cual el mismo príncipe obtendrá la potestad de hacer lo que quiera (...) Mediante un precepto semejante, prohibimos oportunamente todo intento de detractar al príncipe incluso después de muerto. De hecho, quien vive lanza en vano los dardos de la etraccion contra el difunto, dado que el que esta muerto no puede ser afectado por las leyes ni constreñido por las increpaciones (...)”.

acuerdo con la acusada estratificación social que hubo durante toda la Edad Media⁸⁵.

A salvo de la anterior excepción, y volviendo al Libro VI, Título IV, lo cierto es que el resto de conductas sancionadas en él se refieren a agravios físicos, tales como “tirar de los cabellos”, “entrar violentamente en casa de otro”, “señalar en el rostro”, “retener a uno que va de camino”, “ensuciar en lodo”, “dar palmada” o “coz”, etc. Este combinado de atentados a la integridad física con diferentes ofensas a, por ejemplo, la libertad de movimientos o el allanamiento de morada, muestra que la regulación de la injuria en el *Liber* es, como señala algún autor, rudimentaria y casuística⁸⁶. Las penas impuestas son muchas veces en forma de castigos corporales, inclinación esta que ha sido calificada por la doctrina como de crueldad inhumana, crueldad que parece ser de vieja tradición entre los visigodos, pues no son exclusivos del *Liber* sino que ya estaban presentes con anterioridad en la sociedad visigoda⁸⁷. Ello se explica porque se pretendía que el ofendido satisficiera al ofensor y se le restituyese en la situación original, lo que se denominó “justicia vindicatoria”⁸⁸. Incluso se ha señalado que el espíritu general de estas leyes es imponer mayor pena que el mal causado por el delito, siguiendo el principio enunciado en las leyes de

⁸⁵ SERRA RUÍZ (1969), pp. 22-23, citando el *Liber*, II, I, 7, dirá que a las personas de la realeza el *Liber Iudiciorum* las rodea de un “halo intangible, cuasi-divino, con un entronque semireligioso de sus personas con la divinidad”. De hecho, el autor señala que también se menciona una protección del Rey contra conductas injuriosas en el título preliminar del *Liber* (título que no en todas las ediciones del *Liber* está presente, pues se trataba de diecinueve leyes sobre principios políticos y morales), tales como maldecirlo o increparle después de muerto. Se puede consultar el título preliminar del *Liber* en *Los Códigos españoles concordados y anotados* (1847), pp. 77-88.

⁸⁶ SERRA RUÍZ (1969), p. 21. La injuria se regula contra el Rey, su familia, príncipe, señor de otro o dominus, hombre libre o ingénuo, esclavo o siervo.

⁸⁷ Así lo expresa ZEUMER (1900), traducción española de CLAVERÍA (1944), p. 91. Según D’ORS, A., (1960), p. 117, la influencia del Código de Eurico en este título es escasa, siendo Chindasvinto quien introdujo un sistema más germánico de *compositiones fijas* en lugar de las arbitrarias, y quien agrava las penas, suponiendo un progreso de barbarización germanizante respecto a la de Eurico. Esta agravación se trasladó al *Liber Iudiciorum*, promulgado por el hijo de Chindasvinto, el Rey Recesvinto.

⁸⁸ RAMIS BARCELÓ (2015), p. 29.

que “*la muy gran sandez de muchos omnes es de vengar (se ha de vengar) por mayor pena*”⁸⁹.

En definitiva, y si bien hay dudas sobre la tipificación de la injuria verbal en el período altomedieval representado por el *Liber*, creemos justo añadir que, si bien no la recogía expresamente, podemos suponer que esta pervivió en la vida de los hispanorromanos, ya que como bien dice la doctrina, estos continuaron con costumbres arraigadas en derecho romano vulgar, es decir, que la práctica consuetudinaria siguió vigente con la promulgación del *Liber*⁹⁰.

2.2. LA INJURIA EN EL *FUERO JUZGO*

Alrededor del siglo XIII el *Liber Iudiciorum* se empezó a traducir al romance⁹¹, y con ello parece corregirse ese “olvido” a una mención directa de la injuria. Así, el ahora llamado Fuero Juzgo⁹² contendrá un título exclusivo rubricado “de los denuestos y de las palabras idiosas”⁹³, que se incluirá como Título III de su Libro XII. En él todas las leyes excepto dos se referirán a injurias verbales, lo que lleva creer que “se hicieron para suplir aquella falta”, como se ha expresado en las

⁸⁹ PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1847), p. 62.

⁹⁰ ALVARADO PLANAS (1997), p. 66; RAMIS BARCELÓ (2015), pp. 16-18. Si bien el *Liber* pasará a ser la primera fuente de Derecho, seguida por las resoluciones regias, el Derecho romano no se derogará y por tanto no desaparecerá, sino que solo se prohibirá su alegación en los juicios.

⁹¹ Generalmente se establece como fecha del Fuero Juzgo la de 1241, pues fue cuando Fernando III se lo concede a Córdoba como fuero propio, mandando que se traduzca el *Liber* del latín al romance. Actualmente, siguiendo a PÉREZ MARTÍN (2002), p. 48, se conservan cuarenta y ocho códices que contienen una o varias versiones romances del *Liber*.

⁹² En palabras de RAMIS BARCELÓ (2015), p. 31, el Fuero juzgo fue “el vehículo privilegiado de transmisión de esa herencia visigótica en el Derecho histórico castellano que, por avatares de la historia, ha sido durante siglos el común para la gran mayoría de territorios hispánicos”.

⁹³ Fuero Juzgo, Lib. XII, Tít. III, leyes 1 a 9. Hemos consultado los textos en el facsímil y la transcripción de PERONA (2002), que contiene estos preceptos en las pp. 390-392.

ediciones comentadas del Fuero Juzgo que fueron saliendo en años posteriores⁹⁴.

Las injurias verbales tipificadas de nuevo hay que entenderlas en el contexto de la época, pues se recogen insultos como llamar a otro, por ejemplo, “podrido”, “tiñoso” o “corcovado”, para los que se preveían penas de azotes ante el juez. Las leyes se referirán a palabras que califica de “vilanas”, “torticeras” y “torpes”, y aparece por primera vez la palabra “denuesto”, palabra que solo se emplea para agravios verbales, no físicos⁹⁵.

En definitiva, consideramos que las palabras de DE CASTRO sobre el Fuero Juzgo son acertadas cuando dice que contenía como uno de sus principios el respeto a la personalidad humana, concediéndoles un valor primario a la honra y a la dignidad⁹⁶.

2.3. EL HONOR EN LOS FUEROS MEDIEVALES Y EN LAS SIETE PARTIDAS

El honor, más veces denominado “honra” en esta época, se convierte en un concepto de fuerza expansiva y envolvente en la Baja Edad media. Las afrentas al honor se continuaron denominando injurias, pero el término amplía su visión para abarcar muchas más conductas. En los fueros que van apareciendo por los diferentes territorios de la península la protección del honor tendrá como objeto la veracidad, la justicia, la hidalguía, el sentimiento religioso, la fidelidad o la honestidad. Todas ellas virtudes sociales y personales que se podrían vulnerar verbalmente, por medio de insultos o amenazas, pero también físicamente, por lo que encontraremos muchas ofensas a la

⁹⁴ DE LARDIZÁBAL Y URIBE (1815), p. 39, en el discurso que precede a la Edición del Fuero Juzgo de 1815 dice que estas leyes, “aunque suenan hechas por los godos, son posteriores a ellos”, aportando el autor como prueba de que se adoptaron “después de la invasión de los moros” la existencia de una ley (la sexta de dicho título) que castiga por injuria llamar a otro sarraceno, lo que históricamente no puede situarse en el tiempo de los visigodos.

⁹⁵ MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), p. 19.

⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1952), p. 141, nota a pie 3, cita numerosos preceptos del Fuero Juzgo que tratan cuestiones que entroncan con la dignidad de los individuos, preceptos entre los que se encuentran todos los referidos este título III del Libro XII.

integridad física que se entenderán también como atentatorias al honor del que sufre la agresión.

En el Libro de los Fueros de Castilla, por ejemplo⁹⁷, nos encontramos con tres conductas lesivas, en principio contra la integridad física, pero que se convierten en injurias por el miembro corporal en el que se infieren, que no es otro que el rostro⁹⁸. Así, son tres las conductas en las que el golpe o la herida en la cara tiene doble pena que la inferida en cualquier otro miembro del cuerpo, por razón de mediar en aquella una evidente afrenta, y que por tanto no se trata de una circunstancia agravante de la lesión sino de una injuria típica y más grave que la ordinaria⁹⁹.

En el Fuero Viejo de Castilla también encontramos leyes similares a estas comentadas¹⁰⁰, y además una dedicada específicamente a las injurias verbales, denominadas “denuestos” en Castilla. Así, en su Libro II, Título I, Ley IX, establece que son denuestos, entre otros, decir traidor, o cornudo, o falso, a otro. En este precepto vemos la importancia de pertenecer a uno u otro estrato social a la hora de graduar la sanción impuesta, pues si el honor que se vulnera es el de un hidalgo,

⁹⁷ Enunciaremos algún Fuero medieval y precepto que sirvan de ejemplo de la evolución de la injuria y las lesiones al honor en esta época, pues abarcar todos los fueros que se promulgaron por estas fechas excede con creces los objetivos de nuestro trabajo.

⁹⁸ El Libro de los Fueros de Castilla fue redactado en la segunda mitad del siglo XIII, y desconocemos al autor de la recopilación. La edición consultada ha sido la de SÁNCHEZ, G. (2008).

⁹⁹ Así lo entiende SERRA RUIZ (1969), p. 114, y lo vemos en los números 8, 9 y 10 del Libro de los Fueros de Castilla. “8. Título del cárdeno dela ferida. Esto es por fuero: que si omne o muger se apreçar de ferida de cardeno e golpe non ouyere enel cardeno, peche por cada pulgarada un sueldo. Et si ouyere golpe enel cardeno, que peche la calonnia dela ferida qual fuere, et por el cardeno non peche nada. Et si en la cara fuere, peche la calonnia doblada a aquel sobre quien se apreça”. En los siguientes títulos se reiteran las sanciones a los golpes en la cara, dientes y tirones de cabello.

¹⁰⁰ Por ejemplo, la contenida en el Libro I, Título v, Ley xv, del Fuero Viejo. La edición consultada es reproducción de la de Ibarra, de 1771, publicada por la Editorial Lex Nova en 1983.

la sanción será la entrega de quinientos sueldos, pero si es de labrador, será menor, de trescientos sueldos¹⁰¹.

Encontramos incluso algunas conductas que solo podían afectar a determinados grupos sociales. Así, en la Castilla medieval aparecerá una figura, la “injuria caballeresca”, que como su nombre indica afectará solamente a los nobles caballeros. En Vizcaya tal injuria se concebirá de forma diferente debido a que la nobleza no nacía de concesión real, como en Castilla, sino “del suelo”. Así, el Fuero de Vizcaya tipifica la “injuria contra la hidalguía y nobleza”¹⁰².

Las penas o sanciones previstas en los fueros medievales como consecuencia de las conductas injuriosas podían ir desde azotes hasta “satisfacciones” y reparación de daños. Siguiendo una de las clasificaciones que ha realizado la doctrina, encontramos la condena a muerte, el destierro, los azotes, a servir remando en las galeras reales, al presidio y cárcel; al servicio en el ejército, arsenales y trabajos forzados; a la suspensión de oficio y privación de salario; al apercibimiento; a la obligación de desdecirse; a la satisfacción y reparación de daños; a la pérdida de bienes; y, por último, a penas pecuniarias¹⁰³.

De ellas nos interesa destacar la llamada “satisfacción y reparación de daños”, pues según la doctrina se trataba de compensar, por una parte y bajo el término “satisfacción”, el daño moral sufrido, y por otra el

¹⁰¹ Fuero Viejo de Castilla, Lib. II, Tít. I, Ley IX: “*Estos son denuestos por fuero de Castiella: en que a omecillo, e el que a dar testigos, que debe probar con cinco testigos; e si non lo provare, debe pechar por caloña trescientos sueldos; sil dijier traidor provado, o cornudo, o falso, o fornesimo, o gafo, boca fedienda, o fodiduncul, o puta sabida; e en estos denuestos a cada uno dellos, si es fijodalgo, quinientos sueldos, e si es labrador, trescientos sueldos*”. Como indican los comentaristas del Fuero Viejo publicado en 1771, estas injurias se leen más individualmente en las leyes del tít. III, Lib. XII, del Fuero Juzgo.

¹⁰² MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), pp. 178-181, expone algunas expresiones que el Fuero de Vizcaya consideraba atentatoria de la hidalguía. Entre otras, las de “perro bellaco” o “hijo de mozo judío”. También es injurioso contra la hidalguía “negar su vizcaína nobleza” o “negar el pimer asiento en el banco del lado de la epístola en la iglesia”.

¹⁰³ MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), pp. 324-338.

perjuicio material ocasionado, es decir, si había habido daños a la integridad física estos debían compensarse. La satisfacción se daba, por ejemplo, en el Fuero de Vizcaya, por pronunciar palabras de infamación y deshonor contra alguien, por injurias verbales contra la nobleza y la hidalguía, o por violación de la inmunidad de lugar sagrado. La reparación de daños aparece como compensación de los perjuicios materiales sufridos por pérdida de miembros, gastos de curación o medicinas, siendo el Juez el encargado de valorar los daños, a veces asesorado por peritos¹⁰⁴.

El Fuero Real¹⁰⁵, una de las dos grandes obras jurídicas de Alfonso X, prevé en su libro IV, el título III sobre los “denuestos y las deshonoras”¹⁰⁶. Como es sabido, el contenido del Fuero Real es mucho menos minucioso que el que posteriormente se recoge en las Siete Partidas, lo que no será una excepción en el tema que aquí tratamos, pues solo prevé dos escuetas leyes que recogen las palabras consideradas como deshonorosas; entre otras, cornudo, traidor y hereje¹⁰⁷.

Antes de comenzar a analizar Las Siete Partidas, conviene mencionar el denominado fenómeno de la “Recepción” que se produce

¹⁰⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ (1973), pp. 332-333, citando las leyes del Fuero de Vizcaya.

¹⁰⁵ Versión consultada: Fuero Real de Alfonso X el Sabio, reproducción en la edición de la Real Academia de la Historia de 1836, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. Estudio preliminar de PÉREZ MARÍN.

¹⁰⁶ Fuero Real de Alfonso X El Sabio, Libro IV, Título III. La edición consultada es la de PÉREZ MARTÍN (2015), especialmente p. 157.

¹⁰⁷ *LEY I: Todo ome que metiere la cabeza a otro so lodo, peche trecientos sueldos, los medios al rey e los medios al querelloso: et si nol fuer provado, salvese así como manda la ley.*

LEY II: Qualquier que a otro denostare, quel dixiere gafo o fodudinculo, o cornudo, o traydor, o herege, o a muger de su marido puta, desdigalo antel alcalde e ante omes buenos al plazo quel pusiere el alcalde e peche ccc sueldos, la meytad al rey e la meytad al querelloso : et si negare que lo non dixo e non ge lo pudieren provar salvese como manda la ley, et si salvar non se quisiere, faga la enmienda e peche la calonnaa et qui dixiere otros denuestos, desdigase antel alcalde e ante omes buenos, e diga que mentiô en elloa et si ome de otra ley se tornare cristiano e alguna le llamare tornadizo, peche x maravedis al rey e otros x al querelloso, e si non ovierc de que los pechar, caya en la pena que dice la ley.”

por estas fechas, y que hace referencia al redescubrimiento del Derecho romano, primero en las Universidades italianas –señaladamente la de Bolonia con IRNERIO y SASSOFERRATO como máximos artífices, en los siglos XII y XIV respectivamente– y después en otras universidades europeas, incluidas las españolas. El máximo exponente de este fenómeno lo constituirán, precisamente, las Leyes de Partidas, obra magna de Alfonso X¹⁰⁸, pues en ellas el proceso de delimitación de la injuria que había ido perfilándose lentamente a través del medievo español, sufre una nueva integración y acumulación de conductas que ya habían quedado descartadas de la injuria como delito¹⁰⁹. No obstante, de Las Partidas se ha dicho que encarnaron los sentimientos básicos de honor, lealtad y dignidad que reinaban en la época, por lo que, si bien su redacción pudo ser confusa, su aportación no deja de ser relevante¹¹⁰.

Concretamente es la Partida VII, Título IX, la que contiene una extensa exposición de veintitrés leyes que contemplan desde una definición de “qué es deshonor” (ley 1) hasta la regulación de la defensa que los herederos podían hacer del honor del causante cuando este hubiese iniciado en vida una demanda de deshonor (ley 23)¹¹¹. Por el

¹⁰⁸ Sobre el significado de “Derecho civil” a partir del fenómeno de la “Recepción”, *vid.* GARCÍA RUBIO (2002), p. 23, quien resume las conclusiones de DÍEZ PICAZO (1959), pp. 595-654, que someramente son: (1) que ya no será el Derecho propio de cada pueblo, sino el Derecho que Roma ha legado, y que comprenderá sobre todo el Derecho privado, aunque también la materia procesal y criminal; (2) pasa a ser el Derecho común del Occidente europeo, en contraposición con el Derecho nacional o local de cada pueblo; y (3) es un sistema jurídico racional y científicamente construido.

¹⁰⁹ SERRA RUIZ (1969), pp. 226-227, quien califica de confusas las leyes de las Partidas referidas a las injurias, pues trasladan “toda la nebulosa y confusión jurídica que el derecho romano abarcaba bajo el nombre de injuria”, donde los redactores de Las Partidas “pusieron siempre deshonor donde el Derecho romano decía injuria, y ambas cosas no eran equivalentes ni mucho menos”.

¹¹⁰ Así lo expresa DE CASTRO Y BRAVO (1952), p. 143.

¹¹¹ Partida VII, Título IX, “De las deshonras quiera sean e dichas a los vivos o contra los muertos o de famosos libelos”. Se han consultado las versiones de 1843, Extracto de las VII Partidas, editadas por DE LA REGUERA VALDELOMAR (1799), especialmente pp. 42-57, y la edición de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (2004), especialmente pp. 912-920. Como dijimos, debido al fenómeno de la “Recepción”, Las Partidas se apoyan

medio, se regulan conductas que contaban con precedentes hispanos, otras totalmente nuevas, y también algunas rescatadas del Derecho romano¹¹². Entre ellas, por su originalidad destacamos las leyes 4 y 15. La primera de ellas habla de que no solo se perpetra deshonra por denuestos y libelos sino también por remedos (“remedijos”), gestos o muecas (“contenentes malos”), una injuria con escasos precedentes medievales¹¹³. Por su parte, la ley 15 se refiere a las causas excluyentes del ánimo de injuriar, entre las que se recoge el caso de un caballero que, no cumpliendo los mandatos de su señor, “cometiere acto cobarde o cualquier otro yerro en desprecio de la Caballería”. En ese caso, el señor podría “en manera de escarmiento”, mandar que le retiren las armas, le corten la cola a su caballo o le hagan cualquier otra deshonra, sin que el caballero pueda reclamar por injurias. Y por la importancia que tendrá siglos después, cuando se dicte la primera sentencia, en 1912, que reconoce en nuestro ordenamiento el daño moral, tampoco podemos dejar de mencionar la ley 21, que decía: “Cualquier que resciba tuerto o deshonra, que pueda demandar al que le deshonre, enmienda en pecho de dineros”)¹¹⁴.

bastante en el Derecho romano, cuestión que ya se aprecia en la primera ley, al definirse, al igual que se hacía en el Digesto, lo que es injuria/deshonra, y los dos tipos que hay (de obra o de palabra), o en la Ley 3, que contempla las deshonras “por cánticas o por rimas”, claro paralelismo con una de las conductas que contemplaba el Edicto *ne quid infamandi causa fiat* –recordemos que el Digesto decía, respectivamente, en 47, 10, 1, “... La injuria se hace, dice Labeón, de obra o de palabra”, y en 47, 10, 14, (27), que será libelo difamatorio “...componer y publicar con carteles o cantos alguna copla lesiva para el honor de alguien”–. Pero también encontramos novedades como la contenida en la ley 23, en donde el heredero no puede demandar por la deshonra que le hubiesen hecho al causante en vida, salvo cuando este hubiese ya interpuesto la demanda antes del fallecimiento y “fuese ya comenzado el pleito por respuesta”.

¹¹² SERRA RUIZ (1969), p. 227 señala que de las veintitrés leyes que tratan la deshonra, nueve de ellas (concretamente, las número 5, 7, 11, 12, 13, 17, 18, 19 y aun la 14), no contaban con precedentes legales hispanos que justificaran su inclusión entre las deshonras o injurias.

¹¹³ SERRA RUIZ (1969), p. 233.

¹¹⁴ STS de 6 de diciembre de 1912 (JC 1912/95), que se analizará en el ap. 6.5.2. cap. I.

Durante la época en que se promulgan las *Siete Partidas*, terminadas aproximadamente en el año 1265, ya empieza a florecer la idea que los teólogos y juristas salmantinos desarrollarán dos siglos más tarde: la conciencia que tiene el ser humano occidental acerca de su propio ser como un fin en sí mismo, como ente autónomo de intimidad y de vida, que debe ser respetado. Así, la ley 26, Título I de la Séptima partida comienza diciendo que “*la persona del ome es la más noble cosa del mundo*”.

Lo cierto es que cuanto más nos aproximamos al final del período medieval, más se extiende el sentimiento de honor en todos los estratos sociales. Si antes era más acusado en la realeza, hidalguía, nobleza y caballeros, ahora impregnará también al bajo pueblo, lo que se aprecia no solo en las fuentes jurídicas, sino también en la literatura¹¹⁵. Quizá esto sea indicativo de que los tiempos empiezan a cambiar, y que comienza a cuestionarse la concepción jurídica que reinaba en la Edad Media sobre la innecesariedad de dar iguales derechos a las personas. Ello nos conduce a la siguiente etapa, al Renacimiento, en la que florecerán las teorías de la independencia de la persona y de los derechos naturales que le son innatos.

3. Los bienes personales en la Escuela española de Derecho natural

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO

A los máximos representantes de la escuela española de Derecho natural, teólogos de los siglos XV, XVI y XVII, doctrina destacada les ha atribuido haber sentado las bases técnicas para la especificación de la

¹¹⁵ Tragicomedias como *La Celestina*, de FERNANDO DE ROJAS, de finales del siglo XV, y después el Teatro de los siglos XVI y XVII, tienen como uno de sus temas principales la deshonra y las venganzas por cuestiones de honor. Las palabras de Melibea sobre su profundo sentimiento de pérdida de honor antes de caer en brazos de Calisto son un buen ejemplo: “Desvía estos vanos y locos pensamientos de ti, porque mi honra y mi persona estén sin detrimento de mala sospecha seguras (...) No quieras poner mi fama en la balanza de las lenguas maldicientes” (Acto 12 de *La Celestina*).

esfera de la personalidad, no solo por haber difundido la idea básica de que todos los seres humanos, no solo los libres, son personas, sino también por haber estudiado en profundidad los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre ellos tiene cada uno¹¹⁶.

Por otra parte, es en esta época cuando podemos establecer el nacimiento del concepto jurídico de persona¹¹⁷. Si bien Tomás de Aquino sentó las bases para que la idea de persona en la vida jurídica quedase circunscrita a los seres humanos, no fue hasta los siglos XV y XVI cuando se estableció una clara línea divisoria entre los seres humanos, por un lado, y el resto de criaturas, por otro, atribuyéndoseles a aquellos la cualidad jurídica de personas. Así, los seres humanos serán sujetos de derechos originarios solo por el mero hecho de considerárseles, a todos por igual, personas¹¹⁸.

Esta concepción del ser humano estará claramente influenciada por dos corrientes: una filosófica –el Humanismo– y otra religiosa –el Cristianismo–. El Humanismo renacentista establece como protagonista al propio ser humano, tratándosele como ser racional y centro del universo; por su parte, el Cristianismo, cuyas bases teóricas se asientan sobre la idea de una fraternidad universal, implicaba la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona, con todas sus prerrogativas, individuales y sociales¹¹⁹. Adquiere una importancia destacada para nuestro objeto de estudio el movimiento filosófico de

¹¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1241.

¹¹⁷ Etimológicamente, la palabra *persona* viene del etrusco *Phersu*, palabra escrita en el fresco de una tumba en la que aparecen dos hombres enmascarados danzando. *Phersu* deriva del vocablo griego *prósōpon*, que era la máscara que los actores griegos se ponían delante de su rostro, adoptando las características y ademanes de un personaje, a los que llamaron *prosopa*. Estas máscaras estaban contruidas de tal forma que tenían una bocina, de forma cónica, que amplificaba el sonido de las voces de los actores. Seguramente por esta causa, aparece en latín la palabra *personare* para significar “sonar a través de algo”, que finalmente llega a nosotros como *persona*, aplicándose por extensión al papel desempeñado en el mundo por el individuo.

¹¹⁸ HATTENHAUER, H. (1987), pp. 14-15, explicando que Tomás de Aquino y teólogos posteriores diferenciaban al ser humano de las demás criaturas por el “don divino” de la razón, pero todos serían criaturas creadas por Dios, lo que justificaría para el autor que en la Edad Media se les reconociera calidad de persona a todas las criaturas.

¹¹⁹ LUÑO PEÑA (1947), p. 342.

los siglos XIV y XV que se gesta en el seno de la Orden franciscana, señaladamente con las figuras de JUAN DUNS SCOTO y GUILLERMO DE OCCAM. Su contribución a la consideración del derecho como facultad o poder del ser humano es indiscutible, aunque la doctrina no es unánime a la hora de establecer su concreto alcance¹²⁰. Lo que sí parece claro es que esta corriente se orienta hacia lo individual, lo concreto y lo personal, y que el nuevo concepto de derecho nacerá no como una consecuencia de una noción parcial (el derecho objetivo que se quiere completar con el subjetivo) sino como una visión nueva, distinta y suficiente, llamada a sustituir a la anterior y obtenida en una filosofía que parte de principios opuestos, el más importante de ellos la libertad¹²¹.

Por tanto, en esta época¹²² en la que Moral, Religión y Derecho se entremezclan, los juristas más destacados serán, a la vez, teólogos, y aparecerán vinculados fundamentalmente a una escuela: la escuela de Salamanca. FRANCISCO DE VITORIA, DOMINGO DE SOTO, LUIS DE MOLINA o FRANCISCO SUÁREZ, todos ellos, y parece que en especial el último, influirán posteriormente en la Escuela Racionalista de Derecho natural alemana, en autores como GROCIO, PUFENDORF, CHRISTIAN WOLFF y TOMASIVS, quienes finalmente darán forma a la teoría de los Derechos naturales y concebirán a la persona como un ser libre¹²³.

¹²⁰ VILLEY (1962), pp. 240-241 señala la importancia del pensamiento de OCCAM, especialmente su discusión sobre la pobreza franciscana y su búsqueda de la esencia del derecho de propiedad, además de su consideración del derecho como una libertad. Pero no conviene en que ofrezca una definición general de derecho subjetivo, sino que se queda en una reflexión sobre el concreto problema del *jus utendi* o del *dominium* entre los mendicantes. Por el contrario, VILLEY cita a LAGARDE como defensor de que OCCAM elaboró la idea de derecho subjetivo.

¹²¹ FOLGADO (1960), pp. 94-95.

¹²² La actuación de los teólogos tendrá lugar en una época –de contornos difusos, pero en todo caso entre los siglos XV, XVI y XVII– en la que el Renacimiento cultural y teológico fue tal, que no en vano se ha considerado como el Siglo de Oro español.

¹²³ La doctrina suele dividir en cinco generaciones a los grandes teólogos españoles de esta época. Así, según FERRATER MORA (1955), p. 162, la primera generación la representaría principalmente FRANCISCO DE VITORIA (1473/86-1546); la segunda DOMINGO DE SOTO (1484-1560), ALONSO DE CASTRO (1495-1558), PEDRO DE OÑA (?-1626) y MELCHOR CANO (1509-1560). La tercera, PEDRO FONSECA (1526-1599),

Pero como ha destacado la doctrina, aunque lo más probable sea que el desarrollo del pensamiento jurídico hasta llegar al iusnaturalismo europeo, y con él a la codificación, no sea posible sin el previo eslabón de los iusnaturalistas castellanos, lo cierto es que se les ha prestado poca atención¹²⁴. Así y todo, además de las fuentes directas que han llegado hasta nosotros –en concreto, los tratados que estos teólogos elaboraban no solo como modo de exposición de sus teorías, sino especialmente

DOMINGO BÁÑEZ (1528-1604), FRANCISCO TOLEDO (1533-1596), BENITO PEREIRO (1535-1610), DIEGO DE ZÚÑIGA (1536-1600), LUIS DE MOLINA (1535-1600), FRANCISCO ZUMEL (1540-1607). La cuarta, FRANCISCO SUÁREZ (1548-1617), GABRIEL VÁZQUEZ (1549-1605) y GREGORIO DE VALENCIA (1549-1603). Y la quinta, PEDRO HURTADO DE MENDODO (1602-1651), RODRIGO DE ARIAGA (1592-1667), FRANCISCO OVIEDO (1602-1651) y JUAN CARAMUEL DE LOBKOWITZ (1606-1682).

¹²⁴ LALINDE ABADIA (1972), p. 353-356. Este autor admite, al igual que VILLEY, al que cita, que desde el siglo XVIII ha caído la noche sobre CAYETANO, VITORIA, BELARMINO y SUÁREZ. Pocos autores españoles han reconocido la importancia de la Escolástica española. Uno de ellos ha sido FERRATER MORA (1953), p. 535, quien señala que los filósofos modernos más importantes, como DESCARTES o LEIBNIZ, sí que tuvieron en cuenta, ya fuese implícita o explícitamente, la Escolástica española, pues el espíritu moderno con que analizaban los problemas les hizo ser precursores de este pensamiento. Además de la influencia de SUÁREZ, este autor señala que el *Cursus* de RODRIGO DE ARRIAGA fue el eslabón que unió a la filosofía suarista con la escuela de LEIBNIZ-WOLFF.

En cambio, las aportaciones de los pensadores salmantinos no han sido pasadas por alto fuera de nuestro país. Encontramos muestra de ello ya en sus contemporáneos, citando a menudo el italiano ALBERICO GENTILI (1552-1608) a sus colegas DE VITORIA (en *Hispanicae Advocationis* lo califica de gran sabio, *doctissimus Victoria* en lib. I, cap. IX, p. 61), SUÁREZ y SOTO. En este sentido, *vid.* LACHANCE (1979), p. 45. Más adelante, en el siglo XIX, encontramos estudios completos como el de WERNER, del año 1861, *Franz Suárez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte*, en la que estudia la doctrina de SUÁREZ desde su relación con otros escolásticos hasta su concepción natural de las cuestiones teológicas. El consagrado filósofo VILLEY (1983), pp. 125 y ss., dedica un epígrafe a la segunda escolástica española, nombrando a VITORIA, SOTO, MOLINA y SUÁREZ como los autores “de enormes obras de teología del Derecho”, y estudiando sus aportaciones al giro subjetivista del Derecho y al establecimiento de unas bases para el reconocimiento posterior de los Derechos del hombre. Por su parte, CROWE (1999), pp.13-14, define como clave la doctrina de SUÁREZ en el pensamiento de GROCIO; HAAKONSEN (1999), p. 36, dice que la mayor inspiración de GROCIO fueron los pensadores escolásticos neo-tomistas españoles; o CROSS (2005), *passim*, sobre la importancia de SUÁREZ en la aportación teológica moderna.

como lecciones de sus clases en la universidad salmantina¹²⁵—, también contamos con estudios doctrinales que, si bien no tratan el conjunto de la materia, sí nos aportan luz sobre cuestiones concretas del tema aquí tratado¹²⁶.

Por último, si hasta ahora la protección otorgada al honor (bajo la figura de la injuria, o de la honra o denuesto) fue eminentemente penal, a partir de la Escuela de Salamanca y de su concepción del honor y la fama como bienes de la persona, se sentarán las bases para su posterior tutela jurídica por el Derecho privado.

3.2. LA ESCUELA DE SALAMANCA: LA PRECURSORA DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO

De la doctrina de los juristas y teólogos salmantinos nos interesa destacar varias cuestiones: la primera de ellas y más relevante para nuestro estudio, su contribución a la formulación de la categoría de derecho subjetivo que más adelante completarán los filósofos racionalistas, en especial GROCIO y PUFENDORF. También nos detendremos en las clasificaciones que harán de los bienes, en la medida en la que el honor y la fama ocuparán buena parte de sus digresiones. Por último, muy brevemente señalaremos la aportación de esta Escuela a la formación del enriquecimiento injustificado como concepto distinto dentro de la doctrina extensa de la restitución, acción hoy todavía de contornos difusos y que será del todo relevante a la hora de estudiar las vías de tutela de los derechos de la personalidad.

¹²⁵ Lo cierto es que las clases impartidas por los escolásticos no se circunscriben solo a la Universidad de Salamanca, sino también a otras universidades españolas y europeas en las que fueron maestros. Por ejemplo, FRANCISCO DE VITORIA en París (aproximadamente entre 1513 y 1523), y FRANCISCO SUÁREZ en Roma (entre 1580 y 1585) y Coimbra (entre 1597 y 1616), además de varias españolas (Ávila, Segovia, Valladolid y Alcalá).

¹²⁶ Entre otras, cabe destacar la de FOLGADO (1960), sobre la evolución que sufre el concepto de derecho subjetivo en la doctrina de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, o la de VILLEY (1975), sobre la formación del pensamiento jurídico moderno, que, si bien incluye a otros autores europeos, dedica varias secciones a analizar las doctrinas derivadas de la Escuela de Salamanca.

Sobre el primer tema, autores destacados no dudan a la hora de atribuirles a ellos los esbozos en los que se inspiraron los juristas racionalistas posteriores que acabaron de perfilar el giro subjetivista del Derecho¹²⁷. Partiendo de los textos de TOMÁS DE AQUINO, sobre las dos acepciones de derecho (una como ley, y otra como *dominium*), DE SOTO continuará discutiendo cuál es la relación exacta entre *ius* y *dominium*; y SUÁREZ combinará la fórmula tomista del “derecho como objeto de la justicia” con una definición moderna “*solet proprie jus vocari facultas quadam quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*”¹²⁸.

Por otra parte, a la hora de elaborar sus teorías sobre los bienes de las personas¹²⁹, partirán de la obra de TOMÁS DE AQUINO, quien dividía los bienes en externos (*bona exteriora*) de los bienes que estaban en el propio cuerpo de la persona (*in bonis corporis*)¹³⁰. Estos últimos, a su vez, distinguían entre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad y la libertad, de otros “de distinta naturaleza” y que eran el honor y la fama. Sobre el honor, el teólogo italiano lo definirá, siguiendo a ARISTÓTELES, como “cierta reverencia otorgada a uno en testimonio de su virtud”¹³¹ y dirá que este no consiste en cosas corporales, sino en algo “interior y espiritual”¹³², y que no se debe exclusivamente honrar a los superiores, sino que también se puede honrar a los inferiores, lo que parece buen reflejo de su concepción cristiana de fraternidad e igualdad. Habla

¹²⁷ VILLEY (1962), pp. 242-243.

¹²⁸ SUÁREZ, *De legibus et legislatore Deo*, ed. Lyon 1619, Libro I, cap. 2, p. 6 y ss. VILLEY (1962), p. 242, nota 3.

¹²⁹ Si bien la doctrina suele utilizar la expresión “bienes del hombre” (siguiendo el brocardo latino *bona hominis*), hemos optado por la expresión, más neutra, de “bienes de las personas” o “bienes de los seres humanos”, pues estos bienes se predicaban, al menos de forma teórica –pues es sabido que la igualdad formal no se logró hasta siglos más tarde–, respecto de ambos sexos.

¹³⁰ *Summa Theologica*, II, 2, cuestión 63. Los textos de la *Summa Theologica* han sido consultados en la edición de RUÍZ-GIMÉNEZ CORTÉS (1942).

¹³¹ *Summa Theologica*, II, 2, cuestión 63, artículo 3.

¹³² *Summa Theologica*, II, 2, cuestión 103, artículos 1 y 2. En la cuestión 129 de esta misma parte el autor también habla de la magnanimidad, y de si esta tiene por objeto el honor. También en la 131, sobre si la ambición de honor es o no pecado, concluyendo que no lo es.

también sobre la contumelia como ofensa verbal, la cual puede ocasionar muchos daños, entre los cuales está “que la persona sea lesionada por el detrimento causado en su honor”, y por lo que podrá ser resarcida¹³³. Por último, trata de distinguir el honor de la fama al decir que mientras que el primero se hace mediante palabras proferidas públicamente, la fama se lesiona atentando contra la reputación de alguien al hablar de él “en secreto”, “tratando de que los que le oigan tengan mala opinión de aquel contra quien habla”¹³⁴. De hecho, quien tenga conocimiento de que se dan propósitos difamatorios contra su reputación, es libre de tolerar el ataque a su fama, siempre que de ello no se siga perjuicio para terceros¹³⁵.

DE CASTRO opina (acertadamente a nuestro juicio) que todas estas ideas tomistas no fueron eficaces hasta que los juristas y teólogos salmantinos las sistematizaron¹³⁶. Asientan la idea aquinense de que el honor será la estima o reverencia que se exhibe a alguien por su excelencia –por tanto, manifestación externa– mientras que la fama consistirá en la buena opinión de los demás respecto de nuestra persona –manifestación interna–. Aunque en su raíz serán bienes que están en

¹³³ *Summa Theologica*, II, 2, cuestión 72, artículos 1, 2 y 3, este último sobre la no obligatoriedad de soportar la injerencia en el honor, y el deber de reparación. En otras cuestiones se ven mucho más influenciadas por la religión, como la II, 2, cuestión 63, artículo 3, en la que se pregunta si en las muestras de honor y reverencia tiene lugar el pecado de acepción de las personas.

¹³⁴ *Summa Theologica*, II, 2, cuestión 73, en la que diferencia Santo Tomás la contumelia de la detracción, respondiendo en el artículo 1 de esta cuestión que “... de ahí que la contumelia cause detrimento al honor de aquel contra quien se profiere. Pero el que en secreto habla contra otra persona, parece más bien temerla que menospreciarla, y por eso no inflige directamente detrimento a su honor, sino a su reputación, en cuanto que el hombre que profiere ocultamente tales palabras hace cuanto está de su parte para que los que le oyen tengan mala opinión de aquel contra quien habla. Parece pues, que lo que intenta y se propone difamando es que sea creído por sus palabras. Por todo esto, resulta evidente que la detracción difiere de la contumelia por dos conceptos: primero, en cuanto al modo de expresar las palabras, pues el contumelioso habla contra alguien abiertamente, mientras que el detractor habla en secreto. Segundo, en cuanto al fin intentado o el daño inferido, pues el contumelioso lesiona el honor y el detractor la fama”.

¹³⁵ *Vid.* BRUFAU PRATS (1960), p. 137, sobre la interpretación de esta cuestión.

¹³⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1242.

la esencia humana (pues son las propias virtudes, méritos y cualidades), formalmente, sin embargo, existen en quien manifiesta la apreciación o valora el mérito, por lo que serán bienes externos¹³⁷. En cuanto a su disposición, dirán que va más allá del mero uso, administración y custodia¹³⁸. No obstante, tendrán dos limitaciones. La primera de ellas, de justicia, en cuanto a que la disposición no dañe a otros. Y otra, que debemos entender por su concepción religiosa del Derecho, “de caridad”, en cuanto a que no se dañe el propio bien espiritual y el temporal necesario para el fin¹³⁹.

3.2.1. Domingo de Soto

Uno de los más destacados juristas a la par que teólogos fue, como ya dijimos, DOMINGO DE SOTO¹⁴⁰, sobresaliendo entre sus obras *De Iustitia et Iure* (1553)¹⁴¹, de clara concepción humanista y científica¹⁴²,

¹³⁷ FOLGADO (1960), p. 271, resume la doctrina de los salmantinos contenida fundamentalmente en VITORIA, *Comentario al tratado de la ley*, 62, 1, 53; SOTO, *De iustitia et iure*, IV, 2,3; MOLINA, t. 5, IV, 1-49; SUÁREZ, *De virtute et statu religionis*, VII, lib. VIII, cap. 4, 3-8. Cita también a ARAGÓN y a SALÓN, pero hemos decidido centrarnos en los cuatro autores anteriores, por lo que para un mayor análisis nos remitimos a FOLGADO (1960), *passim*.

¹³⁸ En contra, TOMÁS DE VIO y CAYETANO, para quienes la disposición del honor y la fama solo correspondía a la Iglesia o a la República.

¹³⁹ Así lo expresa, en síntesis, FOLGADO (1960), p. 271.

¹⁴⁰ DOMINGO DE SOTO (1494-1560) estará influenciado no solo por Tomás de Aquino – del que dice, en su proemio a *De Iustitia et Iure*, pp. 5-6, que no propone una doctrina distinta a la de este autor, aunque haya editado una obra nueva en vez de acoplar sus comentarios al texto de la *Summa Theologica*– sino también por FRANCISCO DE VITORIA, quien le dio clase en París, y CAYETANO, a quien, según RAMOS-LISSÓN (1976), p. 34, le concede gran autoridad pero también lo matiza y corrige siempre que lo considera oportuno para esclarecer la verdad. Si se hace una comparativa del *Comentario al tratado de la ley* de VITORIA con la obra de SOTO, RAMOS-LISSÓN (1976), p. 32-33 sostiene que hay ideas y planteamientos que SOTO hace suyos o los considera de alguna manera, por lo que su influencia, aunque no tan grande como la del italiano, tendrá cierta relevancia. Además, en Salamanca SOTO seguirá las huellas docentes de VITORIA, que había introducido en sus lecciones el comentario a la *Summa Theologica*.

¹⁴¹ La versión consultada en este trabajo data de 1556, si bien en su reedición de 1968.

¹⁴² Sobre la obra *De Iustitia et Iure* recoge BELTRÁN DE HEREDIA (1960), pp.528-529, las diversas y numerosas ediciones que se hicieron en la época, no solo en España sino

en la que hace una especie de labor actualizadora del pensamiento tomista, pues se cuestiona los problemas que preocupaban a sus contemporáneos, dando una solución en base a esos principios¹⁴³.

La importancia de SOTO fue crucial a la hora de definir lo que más tarde se convirtió en el concepto de “propiedad”, y que los teólogos-juristas llamaban *dominium*. Según SOTO, era el poder o facultad de disponer de las cosas y de usar de ellas según las normas de la ley justa. No obstante, advierte que no puede traducirse por *ius* por cuanto son muchos los derechos (*ius*) que no incluyen el concepto de *dominium*¹⁴⁴. El autor continúa exponiendo su teoría en las siguientes cuestiones, entendiendo que solo las personas son capaces de tener *dominium*, pues este solo es posible cuando existe entendimiento y voluntad, por lo que los animales no serán capaces, al carecer de tales atributos¹⁴⁵. Este concepto, que más tarde se convertirá en la moderna “propiedad”, será crucial para el posterior reconocimiento de los derechos humanos.

Al contrario que otros autores como CAYETANO –quien, apoyándose en textos cristianos, entendía que el hombre era custodio de su honor y de su fama, pero no dueño¹⁴⁶– SOTO afirmaba que cualquiera es dueño de su fama y de su honor. Entendía que la persona “puede disponer de ellos como si fueran moneda, si bien han de ser tenidos en mayor aprecio”. La vida, en cambio, la concebía como un bien del que las personas no podían disponer, por lo que nadie podía quitarse la vida ni tampoco quitársela a otro. Tampoco los reyes, príncipes o la comunidad política eran dueños de la vida de sus súbditos. El *dominium* de la vida, decía el teólogo, lo tenía solo Dios¹⁴⁷.

también en Francia (Lyon), Bélgica (Amberes) e Italia (Venecia), lo que pudo fomentar su conocimiento por juristas de estos países.

¹⁴³ RAMOS-LISSÓN (1976), p. 32

¹⁴⁴ SOTO, *De Iustitia et Iure*, IV, cuestión I, art. 1.

¹⁴⁵ Para una mayor exposición de este concepto en DOMINGO DE SOTO, *vid.* CARRO (1943), pp. 177 y ss.

¹⁴⁶ AZCÁRRAGA (1972), p. 453.

¹⁴⁷ Para un mayor análisis de esta cuestión (*De Iustitia et Iure*, IV, 2, 2), *vid.* BRUFAU PRATS (1960), pp. 134-136.

El honor y la fama los concibe como bienes otorgados por el Derecho natural, por lo que no habría ley alguna que prohibiese disponer de ellos. Si se colocasen en el mismo plano que la vida, habrían de aplicárseles los mismos principios, pero de no ser así, podrá disponerse de ellos. Finalmente concluye que el honor y la fama –al contrario de como vimos hacía TOMÁS DE AQUINO– deben situarse dentro de los bienes externos (*bona exteriora*), no en “el orden de la vida”. Y por tanto aceptará que se pueda difamar contra el honor y fama de uno mismo, pues el titular es *dominus* de estos bienes, y lapidar el propio honor no va en contra de la justicia, no constituye una “injusticia”¹⁴⁸. En cambio, precisará que atentar contra los demás obligará a “restituir la fama” y “devolverla por el medio más apto y a propósito”¹⁴⁹.

SOTO vuelve sobre estas ideas y las desarrolla en otra obra, *De ratione tegendi et detegendi secretum*, en la que da hasta ocho razones (religiosas todas ellas) para justificar que el honor y la fama se encuentran en el plano de los bienes exteriores en cuanto a su disponibilidad. Por otra parte, postula que infamarse a sí mismo es frecuentemente un acto de virtud, y que no hay obligación de restituir esa fama si voluntariamente se ha quitado, pues para eso se es *dominus* de dichos bienes¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Pero como teólogo que era, precisará que sí irá en contra de la “ley de la caridad”, por lo que difamarse a sí mismo y sin motivo será pecado.

¹⁴⁹ DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, IV, cuestión II: “El hombre, ¿qué derecho tiene en su propia vida y en su propia membra (cuerpo)? No es dueño de su vida y cuerpo como sí lo es del dinero. Es su guardador y administrador. Es dueño de sus actos pero esto no es otra cosa que estar puestos en el poder de su libre arbitrio: ser capaz, ser responsable (...) Distintos son honor y fama: son bienes externos (*bona nostra extrínseca*). El hombre es su dueño y puede disponer, en cierto modo, de ellos y exigir su restitución, aunque se diferencian del domino sobre las riquezas en que aquellos bienes son más nuestros (*potius sit nostrum*) (...) Según la Justicia nadie debe dañar los bienes de otro, ya sea honor, fama, cuerpo, bienes externos y riqueza.

¹⁴⁹ Pero como teólogo que era, precisará que sí irá en contra de la “ley de la caridad”, por lo que difamarse a sí mismo y sin motivo será pecado.

¹⁵⁰ *De ratione tegendi et detegendi secretum*, I, q. 3. Sobre este texto, *vid.* BRUFAU PRATS (1960), pp. 139-140.

Si bien la doctrina expuesta por SOTO se mantendrá por los demás escritores de teología moral, no tendrá general influjo en los juristas¹⁵¹. No obstante, uno de los que sí seguirá a SOTO y se detendrá en el estudio de los bienes de la vida, el honor y la fama, será LUIS DE MOLINA, cuya doctrina expondremos brevemente a continuación.

3.2.2. Luis de Molina

LUIS DE MOLINA también nos dejó, entre otras, una importante obra de igual título que la de SOTO, *De Iustitia et iure*, compuesta por seis tomos, en la que tratará extensamente los bienes del honor y la fama y además lo hará tanto desde el punto de vista penal como civil¹⁵². Dedicó el Tomo V de su magna obra a analizar el honor y la fama, que comienza con una primera Disputación bajo el título “qué es honor y fama”, y a continuación una segunda sobre si el hombre es dueño de su honor y fama, a lo que responde afirmativamente, pues estos son bienes externos (*bona nostra extrínseca*) pertenecientes a las personas. Podrá disponer de ellos y exigir su restitución, aunque habrán de diferenciarse del *dominium* que se tiene sobre otros bienes, las riquezas, pues el honor y la fama “son más nuestros” (*potius sit nostrum*)¹⁵³. En cambio, en el Tomo cuarto, *Disputatio I*, tratara sobre si el hombre es dueño de su vida y su cuerpo, a lo que dará una respuesta negativa, diciendo que es solo su guardador y administrador¹⁵⁴.

¹⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1242. De hecho, destacada doctrina, véase CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 9-12, los omite a la hora de establecer los orígenes de la concepción de los derechos de la personalidad. Este autor solo cita a TOMÁS DE AQUINO y a BALTASAR GÓMEZ DE AMESCÚA

¹⁵² La edición consultada ha sido la de 1615, editada en Amberes, en *Ioannem Keerbergium*. Consta de cuatro volúmenes que contienen los seis tomos de la obra *De iustitia et iure*, y estructurado en cinco tratados. En especial, se ha consultado el Tomo IV, sobre los bienes corporales, y el Tomo V, sobre el honor y la fama, contenidos en el volumen cuarto, pp. 1-288 (tomo IV), y pp. 1-104 (Tomo V, a continuación del IV).

¹⁵³ El Título del Tomo V (tratado IV) es “*De Iustitia Commutativa circa bona honoris et fama. Item circa bona spiritualia. Tractatus Quartus. Tomus Quintus*”, y consta de 51 *Disputationes* en las que trata del honor, la fama y su restitución, y de las infamias.

¹⁵⁴ El título del Tomo IV (tratado III) es “*De Iustitia Commutativa circa bona corporis, personarum que nobis coniunctarum. Tractatus tertius, Tomus Quartus*”,

Por otra parte, a LUIS DE MOLINA algún autor le atribuye haber sido el primero en considerar al Derecho como un poder del espíritu, una facultad subjetiva de poder hacer o no hacer todo lo que no perjudique al prójimo¹⁵⁵. Define el Derecho (*ius*) como la facultad de hacer algo, o de obtener algo, o de insistir en ello o, en general, de actuar o comportarse de cualquier otro modo que, si se contraviene sin causa legítima, “se infiere injuria al que la tiene”¹⁵⁶.

3.2.3. Francisco Suárez

Por último, FRANCISCO SUÁREZ¹⁵⁷ representará la síntesis orgánica de la doctrina española con su tratado *De Legibus*, texto al que se le ha atribuido ser el más representativo de la Escolástica española¹⁵⁸. En la obra de SUÁREZ, a caballo entre el Renacimiento y la Modernidad¹⁵⁹, se atisba la categoría de los derechos humanos, quedando constatada la utilidad de sus aportaciones en la construcción de, al menos, dos

¹⁵⁵ ARTURO CUEVILLAS (1954), p. 104. No obstante, sobre quién fue el primero en dar este giro subjetivista no hay consenso, pues como veremos más adelante, otros autores citan a FRANCISCO SUÁREZ como el precursor de esta idea.

¹⁵⁶ Así lo resume FOLGADO (1960), p. 200-202, citando a MOLINA, *De iustitia et iure*, II, *disputatio prima*.

¹⁵⁷ Este maestro de Coimbra, como se le llegó a llamar por la importancia que adquirió como Catedrático de dicha universidad, exploró como ninguno sus propias ideas, y si bien es cierto que mostró gran interés por interpretar las opiniones de TOMÁS DE AQUINO a su favor, no lo es menos que a veces convertía las ideas instrumentales o meramente accesorias del aquinense en ideas primordiales y decisivas, si así conseguía concluir lo que se proponía. *Vid.* PEREÑA (1974), p. 34 para ejemplos de ello. Por su parte, VILLEY (1975), p. 368 ha dicho que SUÁREZ es autor de un sistema quasi-enciclopédico, un “genio de claridad y coherencia”, cuya doctrina “concluye la gran obra de Salamanca”.

¹⁵⁸ PEREÑA (1971), pp. 54-55, relatando la influencia de SUÁREZ por las corrientes de Salamanca, Coimbra, Evora y Alcalá, y cómo sus discípulos fueron comentando y diseminando sus textos por todas estas universidades; además, gracias a sendas ediciones en Lyon y Amberes, el tratado se difundió también por Europa, de ahí que GROCIO lo invoque como el gran maestro de la escolástica. Por su parte, CROWE (1999), p. 14, le ha reconocido el haber realizado el tratado escolástico más completo, y quizá también más influyente, de filosofía del derecho, por referencia a su obra *De Legibus*.

¹⁵⁹ VELA SÁNCHEZ (1967), p. 43, quien lo define como un “enorme escolástico moderno y enorme autor moderno con toda la riqueza de la mejor Escolástica”.

elementos claves para este fin: por una parte, la sistematicidad, y por otra, la definición del derecho como facultad moral¹⁶⁰.

Esta última es muy relevante por cuanto una de las claves fundamentales de los derechos humanos –y que más adelante se aplicará también a los derechos de la personalidad– será la idea de unos derechos subjetivos que pueden ser reclamados frente al Estado o terceras personas. Así, destacados iusfilósofos han atribuido a SUÁREZ ser el mayor artífice del giro subjetivista del Derecho, atribuyendo a la palabra *ius* el significado de “facultad”¹⁶¹. En este sentido, se esfuerza por distinguir mejor el significado específico de *ius* de la noción general de *potestas*, pues *ius* contiene un “poder de dominación”, casi sinónimo al de *dominium* en su sentido amplio. Así, SUÁREZ irá aplicando la idea de derecho subjetivo al derecho de propiedad, a los derechos secundarios sobre las cosas y, en lo que aquí nos interesa, a los derechos sobre la propia persona¹⁶². Esta idea se ve plasmada claramente en un pasaje de *De legibus* en el que afirma que “la acción o facultad moral que cada persona tiene respecto a lo suyo o a lo que en alguna manera le pertenece, recibe el nombre de derecho, y ese parece ser propiamente el objeto de la justicia”¹⁶³.

Por otra parte, en la obra *Defensio Fidei* de SUÁREZ se aprecian algunos indicios sobre las dimensiones fundamentales de los derechos humanos, pues establece que pueden existir límites al poder político y del monarca que puede convertirse en tirano, lo que guarda relación con

¹⁶⁰ IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL (2018), p. 222.

¹⁶¹ LACHANCE (1953), p. 315; VILLEY (1975), p. 381. No obstante, muchos fueron los autores que defendieron que el concepto moderno de subjetividad apareció por primera vez en GROCIO (1583-1645), despreciando toda la doctrina escolástica española, para lo que algún autor encuentra explicación en la guerra de religión trasladada al ámbito intelectual: los iusnaturalistas modernos eran protestantes y no podían aceptar precedentes en el campo católico, por lo que eligieron a GROCIO, primer protestante que escribió una obra relevante para las teorías modernas, como precursor de esta teoría. En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ PUERTO (2011), p. 168.

¹⁶² VILLEY (1975), pp. 381-382 y de nuevo en (1983), pp. 126-127.

¹⁶³ SUÁREZ, *De Legibus*, I. También II, 14, 16, sobre el poder sobre la propia persona como derecho subjetivo.

la defensa del autor de un concepto del bien común fundado en la unidad social del género humano¹⁶⁴.

En definitiva, si bien la doctrina suareciana no contiene expresamente una teoría de los derechos humanos, estos dos extremos comentados –su hipótesis del derecho como facultad y su fundamentación de unos límites/derechos al poder monárquico– sin duda coadyuvan al posterior desarrollo de una teoría de los derechos humanos.

3.2.4. Breve apunte sobre la primigenia noción de enriquecimiento sin causa

Por último, debemos mencionar muy sucintamente la aportación de la escuela salmantina a la formación del enriquecimiento sin causa como concepto distinguible dentro de la doctrina extensa de la restitución. Según HALLEBEEK, dos fueron las ideas más relevantes aportadas por la escuela: la primera, el caracterizar a la restitución como reparación de una violación del *dominium*, y la segunda, la elaboración de una categoría de restitución *ratione rei* (es decir, “a causa de una cosa”) que englobase también los casos en los que la cosa no estuviese ya en poder del obligado¹⁶⁵. Así, en esta última categoría lo importante sería el haber recibido o poseído una cosa injustamente, y no que se siguiese poseyendo actualmente. El hecho de haber disfrutado de esa cosa, habría producido un provecho o enriquecimiento. Por lo tanto, varios autores escolásticos distinguían aquellos casos en los que la cosa todavía existía y podía ser exigida mediante una acción reivindicatoria, una *condictio* o una acción personal, de aquellos otros en los que la cosa habría desaparecido, pero resultando en un enriquecimiento para el demandado¹⁶⁶. No obstante, esta última restitución (*restitutio*) por falta

¹⁶⁴ IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL (2018), pp. 228 y 230.

¹⁶⁵ HALLEBEEK (2017), pp. 40-41, señala que ya TOMÁS DE AQUINO habla de que cuando el equilibrio en las relaciones humanas está roto, se debe restituir, y para ello se apoya en el concepto de *dominium*, diciendo que la restitución es devolver a alguien en su posesión o dominio de la cosa. Pero el teólogo aquinense únicamente trató la situación de la cosa que todavía se hallaba en poder del obligado, sin tratar casos en los que esta ya no estuviese en sus manos.

¹⁶⁶ HALLEBEEK (2017), p. 43, citando, por ejemplo, a TOMÁS CAYETANO, quien distinguía entre los casos en los que la cosa estuviese todavía intacta, de aquellos otros

de equidad (*inaequalitas*), era un concepto muy amplio como para catalogar al enriquecimiento injustificado como una figura que sirviese de fuente de obligaciones al mismo nivel que lo hacía el contrato o el delito¹⁶⁷.

Aunque adelantándonos un poco al curso de esta exposición, creemos acertado apuntar en este momento que fue GROCIO quien, citando a los autores salmantinos, elaboró con mayor profusión una categoría que converge en gran medida con la responsabilidad por enriquecimiento injusto. Para GROCIO serán ejemplos de la obligación *ex dominio rebus non extantibus* (es decir, cuando la cosa ya había desaparecido) los casos de enriquecimiento causado por frutos naturales, por frutos consumidos, por ahorrar el precio de un regalo y por el precio de venta reemplazando la cosa misma. Nacía así un concepto jurídico que tenía, dentro del sistema de Derecho Natural de GROCIO, un lugar específico entre las fuentes de las obligaciones¹⁶⁸. Este primigenio concepto de enriquecimiento injusto irá evolucionando, en especial en el período codificador francés, llegando hasta nosotros una teoría del enriquecimiento que todavía hoy tiene muchas aristas que pulir, y cuyas acciones –en especial la *condictio* por intromisión– devendrán fundamentales a la hora de analizar, en general, los casos de intromisiones en los derechos de la personalidad, y en particular, aquellos en los que se haya hecho uso de una voz ajena que haya generado algún tipo de provecho económico al intromisor.

3.3. REPERCUSIONES DE LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

La elaboración doctrinal de los autores salmantinos tendrá poca influencia en los civilistas, cuestión para la que DE CASTRO da varias razones, entre ellas, la creciente desconexión entre la labor de los teólogos y la de los juristas, el poco interés por la exposición sistemática y, en especial, a causa del método de la glosa, que hacía que los

en los que algo como el precio de la venta u otro efecto (como podrían ser los frutos) habían reemplazado a la cosa.

¹⁶⁷ FEENSTRA (1995), p. 199.

¹⁶⁸ HALLEBEEK (2017), pp. 45-46, citando la obra de GROCIO *De Iure belli et pacis*, en especial II.10. Para un análisis exhaustivo de la doctrina de GROCIO sobre el enriquecimiento injusto, *vid.* FEENSTRA (1995), pp. 197-236.

tratadistas se limitasen a estudiar, cuando llegaban al capítulo sobre la *iniuria* o injurias, las acciones de Derecho romano y, a lo sumo, señalaban otras acciones creadas por la moral y las costumbres. Ello era así tanto si las acciones se dirigían a pedir una indemnización pecuniaria como si su objetivo era la retractación pública. Si se hacía mención a los bienes personales, era solo para señalar que la injuria sería una lesión del cuerpo, de la dignidad o de la fama¹⁶⁹.

Afirmada la poca influencia que tuvo la escolástica entre los juristas españoles, hay excepciones, y todo apunta a que los autores escolásticos sí influyeron en el jurista toledano GÓMEZ DE AMESCUA, quien en 1604 publica el “*Tractatus de potestate in se ipsum*”, en el que estudia la facultad de disponer de la propia persona¹⁷⁰. En el primer capítulo del libro expone que uno de los axiomas más fuertemente creídos por las personas es el que afirma que nadie es dueño de sus miembros, de donde ha surgido la regla constante de que nadie tiene poder sobre su cuerpo¹⁷¹. Pero concluye este autor que obran contra la libertad los que niegan tal facultad a sí mismos. Por el contrario, defenderá que todo hombre, por ley de la naturaleza o por los preceptos de Derecho civil, canónico o real, tiene una *potestas in se ipsum*, lo que le permite disponer libremente de sus manifestaciones internas y externas. Esta teoría del *ius in corpus* ha sido calificada como el atisbo por los antiguos doctores de la moderna teoría de los derechos de la personalidad¹⁷².

Fuera de España encontramos autores con teorías similares a la de GÓMEZ DE AMESCUA, como la de HUGO DONELLUS (1527-1591), quien

¹⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1243-1244, citando a los romanista ANTONIO PÉREZ, HUBER, o VOET.

¹⁷⁰ Como señala CAMPOGRANDE (1896), p. 518, el Tratado dispone de cuatrocientas ochenta páginas pero, aunque en ellas y en opinión de CAMPOGRANDE, no se contienen los principios que sirvan para construir una teoría general y sistemática sobre el *ius in se ipsum*, sino tan solo sus aplicaciones: el derecho a matarse y de hacerse matar, el derecho de sacrificar el cuerpo, el derecho sobre la fama y sobre la libertad propias.

¹⁷¹ AZCÁRRAGA (1972), p. 441.

¹⁷² CASTÁN TOBEÑAS (1952), p. 11. De hecho, a DONELLUS le han atribuido ser el primero en hacer un catálogo de bienes individuales. En este sentido, *vid.* HATTENHAUER (2011), p. 42, citando la obra del jurista francés *Commentarii de Iure Civili*, Vol. I (1589), lib. 2, cap. 8, § 1f.

señala que “lo nuestro” puede ser sobre la persona misma (vida, integridad corporal, libertad y estimación) o sobre cosas externas¹⁷³.

Las ideas de los autores escolásticos serán difundidas por GROCIO entre los autores germánicos¹⁷⁴, que bajo la corriente del iusnaturalismo racionalista irán dando forma a las teorías de los derechos innatos. Iusfilósofos contemporáneos han destacado que las teorías del *dominium*, presentes en la mayoría de los autores escolásticos, han sido el fundamento que muchos historiadores han dado como prueba del nacimiento de las teorías sobre los derechos humanos. Los teólogos consideraban que el *dominium* era fruto de la Ley natural, atributo de la naturaleza humana y del que todas las personas se beneficiarían. Así, se pregunta VILLEY si es este el concepto de primigenios derechos del hombre. Pero finalmente concluye que los teólogos-juristas evitaron dar este paso, pues tenían demasiado apego por la tradición aquinense¹⁷⁵, por lo que habrá que esperar a LOCKE para que se fusione esta teoría teológica del *dominium* con la noción legal romana de *proprietatis*. Por lo tanto, para VILLEY la expresión “derechos humanos” está ausente en la literatura escolástica, y de hecho niega que el catolicismo haya sido la cuna de los Derechos humanos¹⁷⁶.

No obstante, esta opinión no es unánime, como bien lo resume IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL. Este autor, partiendo del pensamiento suareciano, expone las tres posturas doctrinales acerca de la utilidad o inutilidad de dicho pensamiento en relación con los derechos humanos: para la primera de ellas no cabría hablar de los mismos antes del nacimiento del Estado soberano moderno; para la segunda,

¹⁷³ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1243.

¹⁷⁴ Así lo refleja DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1243, diciendo que GROCIO fue gran conocedor, en especial, de la obra de SOTO.

¹⁷⁵ Esta tradición, en síntesis, establecía que si bien Dios había concedido el *dominium* de forma colectiva a la Humanidad (por lo que originariamente todas las cosas eran comunes), la división no vendrá dada por Dios, ni por la naturaleza, sino por el Derecho humano, por la ley civil. Esta será, por tanto, la doctrina tradicional a la que se enfrentará LOCKE. *Vid.* VILLEY (1983), p. 130.

¹⁷⁶ Ello estuvo claramente influenciado por la situación histórica del momento, en donde se empezaron a cuestionar las prerrogativas de los conquistadores españoles llegados a las Indias, y correlativamente si estos tenían poder sobre los indígenas.

radicalmente opuesta, SUÁREZ sería el padre de los derechos humanos, debido a su resistencia contra la tiranía y primer firmante de la Carta universal de los derechos humanos a la altura de 1600; y para la tercera, postura en la que se enmarca este autor e intermedia entre las anteriores, SUÁREZ y toda la Escuela española de Derecho natural, contribuirán notablemente en la construcción de la estructura fundamental de los derechos humanos¹⁷⁷.

4. El iusnaturalismo racionalista y la teoría de los derechos innatos

4.1. LA “EMPATÍA IMAGINADA” DE LYNN HUNT COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es en este momento histórico, entre los siglos XVI, XVII y XVIII cuando se produce un gran contraste entre dos épocas: la antigua, cuyos códigos morales estaban marcados por la idea de los deberes, y la moderna, que será la “época de los derechos”. La historiadora LYNN HUNT sostiene que, durante el s. XVIII, fueron las nuevas experiencias culturales las que provocaron en cierta medida ese cambio en la sociedad: la “empatía imaginada”, como llama a aquella empatía que requiere de un acto de imaginación para asumir que otras personas son iguales a ti, es para ella fundamento de los derechos humanos. En síntesis, entiende que las nuevas formas de leer, ver y escuchar crearon nuevas experiencias individuales generadoras de empatía, que a su vez hicieron posibles nuevos conceptos sociales y políticos como son los derechos humanos. Es decir, que el cambio social y político se produjo porque muchos individuos tuvieron experiencias similares, no por habitar en el mismo contexto social, sino por interaccionar unos con otros y disponiendo de nuevas formas de comprender que surgieron a partir de nuevos tipos de sentimientos¹⁷⁸. Así, novelas como *Julia o La Nueva Eloisa*, de ROUSSEAU, dice que alentaron una identificación altamente emotiva con los personajes corrientes que, aunque

¹⁷⁷ IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL (2018), pp. 222 y ss.

¹⁷⁸ HUNT (2009), pp. 31-33.

desconocidos, hacían que los lectores sintieran empatía por ellos más allá de las barreras de clase, sexo y nacionalidad¹⁷⁹.

También la doctrina jurídica entiende que hasta este momento la idea de derechos innatos de todos los seres humanos era desconocida. La concepción iusnaturalista defenderá los derechos innatos como límites esenciales e infranqueables que no estará justificado violentar para conseguir objetivos colectivos, una suerte de “triumfos” que ganan la partida frente a la utilidad o la conveniencia, cuya razón radica en que derivan del principio inviolable de igual consideración y respeto que merecen todas las personas: de la dignidad humana¹⁸⁰. Derechos como la libertad o la igualdad, cuyo significado en las declaraciones del siglo XVIII irá evolucionando poco a poco, ampliándose y convirtiéndose, en palabras de BOBBIO, en más rico y denso¹⁸¹. Las denominadas primeras Declaraciones del Hombre serán enunciadas no ya por filósofos, teólogos o juristas, sino por detentadores del poder del gobierno¹⁸².

No obstante, antes de abordar las teorías iusnaturalistas debemos aclarar que la doctrina no es unánime a la hora de establecer a estas como predecesoras de la categoría de los derechos de la personalidad. Mientras que autores clásicos sitúan claramente a la teoría de los derechos innatos sino como antecedente, sí como claramente influyente en la posterior codificación –y/o reconocimiento legal e incluso constitucional– de los derechos de la personalidad, otros se decantan por considerar el origen de la moderna categoría mucho más adelante, en la primera mitad del siglo XIX, en las clasificaciones que los autores privatistas alemanes harán de los derechos sobre los bienes

¹⁷⁹ HUNT (2009), p. 38.

¹⁸⁰ Así lo entiende RONALD DWORKIN, citado por RUÍZ MIGUEL (2014), p. 2878. Actualmente, quizá uno de los derechos más recientemente formulados y que mejor expresa este respeto a la dignidad humana, es el derecho al desarrollo, el cual permite que toda persona, independientemente de su situación, esté facultada para participar en el desarrollo social, económico, político y cultural. Para un acercamiento metafísico a este derecho, *vid.* SARTEA (2014), esp. pp. 346-348.

¹⁸¹ BOBBIO (1991), p. 43.

¹⁸² BOBBIO (1991), p. 119.

inmateriales¹⁸³. Por nuestra parte, entendemos que ambas posturas son parcialmente correctas o defendibles, pues si bien es cierto que la categoría tal y como la conocemos hoy es fundamentalmente de carácter privatista, no lo es menos que su delimitación respecto de ciertos derechos fundamentales sigue siendo difusa, cuestión a la que tendremos ocasión de referirnos más adelante. Además, la novedad del modelo iusnaturalista radica en la “invención”¹⁸⁴ de los derechos como facultades de los individuos especialmente protegibles, los denominados derechos subjetivos, categoría dogmática en la que actualmente se ubican –no sin ciertos vaivenes históricos– los derechos de la personalidad. Siendo así y aunque solo sea por estas dos razones, no podemos pasar por alto el estudio de las teorías sobre los derechos innatos, que a continuación pasamos a exponer.

Como premisa, debemos partir de que autores de la época como GROCIO, PUFENDORF, HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU o KANT ligarán estrechamente la idea de los derechos naturales a la de la teoría del contrato social, por la cual el hombre se despoja de algunos de sus derechos para cederlos a la nueva entidad, el Estado, pero es incapaz de

¹⁸³ Así, a favor de la influencia de la teoría de los derechos innatos en la categoría de los derechos de la personalidad, entre otros se sitúan DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1244-1245; CASTÁN TOBEÑAS (1952), p. 61; DÍEZ DÍAZ (1963), pp. 867 y ss; y DE ÁNGEL YAGÜEZ (1974), pp. 11 y ss. Por su parte, BLASCO GASCÓ (2008 A), p. 27, señala a GIERKE como creador de la categoría, pero después se refiere al proyecto de CC de 1821 y a autores españoles anteriores a GIERKE como los primeros en desarrollar una teoría de estos derechos en nuestro ordenamiento. A esta aproximación histórica la califica VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 49 y 55, de confusa, pues para él es claro que el germen de la moderna categoría está en la doctrina alemana del siglo XIX (principalmente a GIERKE, KOHLER y GAREIS), quienes establecieron clasificaciones de los derechos sobre los bienes inmateriales. Este autor critica que en el Derecho español aparezca por primera vez la categoría de los derechos de la personalidad mezclada “con las categorías anteriores y dogmáticamente menos elaboradas de las Escuelas de Derecho natural, como la de los derechos sobre la propia persona”, y que se perdiera “la conexión lógica con la realidad práctica a la que servía o a la que debía servir”.

¹⁸⁴ Según RUIZ MIGUEL (2014), p. 2876, nota 37, la idea de los derechos humanos como “invención moderna” está en SANTIAGO NINO, que comienza así su libro *Ética y derechos humanos*, y sobre todo en LYNN HUNT, *La invención de los derechos humanos*.

despojarse de sus derechos básicos, que configurarán una barrera que el Estado deberá siempre respetar. Por lo que será función de las leyes el reconocer y garantizar estos derechos preexistentes, y no crearlos o conferirlos, pues desde la perspectiva iusnaturalista son anteriores al Estado¹⁸⁵.

4.2. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA. GROCIO Y PUFENDORF

GROCIO (1583- 1645) y PUFENDORF (1632- 1694) fueron quizá los dos filósofos, a la par que juristas, que más contribuyeron a conformar el pensamiento en la Edad Moderna¹⁸⁶ –aunque, como dijimos, el mérito de la escuela salmantina no es menor; otra cosa es que no se les haya reconocido como debería–. De estos dos juristas nos interesa destacar el papel que tuvieron en la llamada “invención” moderna de los derechos naturales o, dicho en otras palabras, del iusnaturalismo racionalista, y de lo que hoy denominamos derechos subjetivos¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ENNECERUS / NIPPERDEY, traducción al español por PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER (1934), pp. 73-74, más partidario de la concepción del Derecho establecida por la Escuela Histórica, verá como un despropósito la aspiración de considerar un Derecho basado en la naturaleza humana, eterno e inmutable, pues entiende que no se puede apartar al Derecho de su cauce histórico, siendo inconciliable un derecho eterno con la evolución de la sociedad humana. No obstante, reconocerá como logros de las doctrinas iusnaturalistas el ser una de las “armas más eficaces en la lucha espiritual por la libertad”, “la evolución de la servidumbre (...), la libertad de conciencia (...), y la paulatina liberación de la industria (...)”.

¹⁸⁶ Bajo la corriente del iusnaturalismo racionalista concibieron a la razón como modo de conocimiento individual y secularizado, rechazando la concepción teológica que había predominado en la Edad Media. En este sentido, *vid.* RUIZ MIGUEL (2014), p. 2868. Por otro lado, para DE CASTRO Y BRAVO (1952), pp. 14-15, tanto GROCIO como PUFENDORF contribuyeron al cambio de sistemática del Derecho civil que, si hasta entonces había contenido una parte referida a la persona, con estos autores desaparecerá, pues GROCIO pone el acento en el derecho subjetivo, y PUFENDORF ofrecerá un orden nuevo de las instituciones en el que excluye a la persona, pues esbozará una clasificación del Derecho privado que distinguirá entre propiedad y derechos reales, modos de adquirir, obligaciones y familia.

¹⁸⁷ BOBBIO entiende que hubo un gran contraste histórico entre la época antigua, cuyos códigos morales estaban marcados por la idea de los deberes, y la época moderna, en la que predominarían ya no los deberes, sino los derechos. El derecho subjetivo del ciudadano no fue tanto la consecuencia de una infracción del deber de un gobernante,

GROCIO formula, a comienzos del siglo XVII, la definición de derecho subjetivo que hoy, salvo ligeras modificaciones, seguimos teniendo por válida. El autor comienza distinguiéndolo del “otro” significado de Derecho –aquel que se refiere a lo justo, “en un sentido negativo más que positivo, o sea, justo es lo que no es injusto” – y que, aunque tienen mismo origen, se refiere a las personas. Lo define como una cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente. Y a este derecho como cualidad moral perfecta lo llamará facultad, y si esta facultad es sobre uno mismo, se llamará libertad; si es sobre otros, podrá ser “paterna” o de *dominium* –y este, a su vez, se dividirá en pleno, lo que después se entenderá como propiedad en sentido estricto, y menos pleno, como el usufructo¹⁸⁸. Esta definición adquirió tal importancia que reputada doctrina ve en ella el nacimiento del pensamiento jurídico individualista¹⁸⁹.

Como consecuencia de esta concepción del derecho como facultad, GROCIO sienta las bases de los derechos naturales al establecerlos como pilares fundamentales de las leyes, y no como cualidades que emanan de las leyes. Se trata de posesiones personales pertenecientes a todos y cada uno de nosotros previas e independientes a toda pertenencia a una

sino la condición misma de aquel deber: el gobernante tenía aquel deber porque el ciudadano tenía aquel derecho. BOBBIO (1991), pp. 40-42.

¹⁸⁸ GROCIO (1625, en ed. de 1987), p. 54: I, I, 1, §§ 4 y 5: “De este significado del Derecho que definimos se distingue aquel otro que, teniendo el mismo origen, se refiere a las personas. Es este Derecho una cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente. Compete este Derecho a la persona, aunque a veces se predique también de las cosas, como en las servidumbres de los predios, que se llaman derechos reales, en contraposición a otros meramente personales, no porque no competan también a la persona misma, sino porque no competen a otro sino al que tiene determinada cosa. Y este derecho como cualidad moral perfecta llamamos nosotros facultad, y esta, si es menos perfecta, aptitud. Y con respecto a las cosas, el acto corresponde a la facultad, y la potencia a la aptitud”. “Los jurisconsultos llaman a esta facultad con el nombre de “lo suyo”. Nosotros, en adelante, la llamaremos Derecho propia y estrictamente dicho. En él se comprende la facultad sobre sí mismo, que llamamos libertad, y la facultad sobre otros, sea paterna o de *dominium*. El *dominium* es pleno, o menos pleno, como el usufructo o la prenda y el crédito al que se contrapone la deuda”.

¹⁸⁹ VILLEY (1962), p. 222.

comunidad, y que son propiedad nuestra¹⁹⁰. Es a través de GROCIO que la idea de los derechos como atributos naturales de los individuos viene a ocupar un lugar preeminente del pensamiento moderno europeo¹⁹¹.

Por otra parte, para GROCIO la persona tendrá poder sobre la vida, el cuerpo, sus miembros, la fama, el honor y las acciones propias¹⁹². Este poder vendrá dado “por naturaleza”, pues esta naturaleza habría hecho posible un orden ideal en el que las personas tendrían la facultad de alejar a otros de lo que es suyo¹⁹³. En cuanto al daño que se puede generar contra el honor y la fama, dirá que se generará por “azotes, contumelias, maldiciones, calumnias, burlas y con otros modos parecidos”. Habrá de darse, por tanto, una reparación del daño, mediante “la confesión de la culpa, con exhibición de honor, con el testimonio de la inocencia y con todas aquellas cosas que son parecidas a estas”, puntualizando finalmente que estos remedios podrán también sustituirse por dinero, “si el dañado quiere, porque el dinero es medida común de las cosas útiles”¹⁹⁴.

PUFENDORF irá más allá dando una visión coherente de los derechos y deberes naturales que deben subsistir en esa nueva sociedad, en especial la libertad natural, además de otros derechos como la vida, la integridad corporal, y la igualdad natural, y que serán la razón para constituir el Estado¹⁹⁵. Tendrá como concepto fuerte de su teoría la condición humana, de la que extrae su visión de los derechos y deberes

¹⁹⁰ SCHNEEWIND (1998), p. 80. No obstante, RUIZ MIGUEL (2014), p. 2882, matiza que GROCIO fue un pensador de transición, en el que no aparece claramente que el poder jurídico-político garantice los derechos naturales más básicos, y que el único derecho natural del que queda necesariamente rastro en la sociedad civil grociana, procedente de la teología moral, es el del hurto famélico, citado en *De la guerra y la paz*, II, 2, VI, 24, pues en caso de “necesidad gravísima” cualquiera puede apelar al derecho natural a disponer de las cosas comunes.

¹⁹¹ SCHNEEWIND (1998), p. 81.

¹⁹² GROCIO, *De Derecho de la guerra y de la paz*, II, 17, 2, 1, (1625) en edición de TORRUBIANO RIPOLL (1925): “Por naturaleza le es al hombre cosa suya la vida, no ciertamente para perderla, sino para guardarla; el cuerpo, los miembros, la fama, el honor y las acciones propias”

¹⁹³ HAAKONSEN (1999), p. 37.

¹⁹⁴ GROCIO (1625, en ed. de 1925), II, 17, 22.

¹⁹⁵ RUIZ MIGUEL (2014), p. 2880.

naturales que deben subsistir a esa nueva sociedad. Los deberes en los que ponga el acento no serán más que los correlatos de los derechos correspondientes¹⁹⁶. Así, en su obra *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, dedica el último capítulo del segundo libro a hacer un resumen de los deberes de los ciudadanos, estableciendo en su punto cuarto que consisten en “no desear nada más que su bienestar y su seguridad, en ofrendar su vida, su patrimonio y bienes libremente para su preservación; empeñar todos sus esfuerzos sean del intelecto como de su industria para coadyuvar a su fama y promover sus intereses”¹⁹⁷. Previamente, en varios de los capítulos del libro I, desgrana estos deberes, además de dedicar un capítulo entero a “reconocimiento de la igualdad natural de los hombres”, postulando que “cada uno debe apreciar y tratar a su semejante como a su igual, es decir, como un hombre igual a él”¹⁹⁸.

También dedica PUFENDORF un capítulo entero a definir lo que es reputación, a la que a veces denomina “honor natural”. Para él, significa “el valor de las personas en la vida común”, y que de ninguna manera puede ser arrebatada por “la mera voluntad de las autoridades”, sino que la reputación solo disminuye por los propios actos “maliciosos” de la persona. Finalmente, distingue otro tipo de reputación, la “intensa o completa”, por la que algunas personas pueden ser “preferidas” a otras –bien sea por sus cualidades, habilidades, criterios agudos, etc.– que inclinan a otras a rendirles honores, siendo el honor “la expresión del concepto de la superioridad de otro”¹⁹⁹.

La doctrina que sigue a estos autores germanos mantendrá viva la teoría sobre los bienes o derechos de la persona, pero irá desviándose hacia la idea fundamental de que todas las personas deben considerarse

¹⁹⁶ RUÍZ MIGUEL (2014), p. 2887. Es por ello que se ha atribuido a este autor el haberse apoyado en la llamada “teoría de la correlatividad” (*correlativity thesis*), que pone el foco en que todo derecho conlleva una concreta obligación para otra persona, por lo que todo derecho puede expresarse en términos de obligación. *Vid.* MAUTNER (1999), p. 160, citando a TUCK (1979), y las teorías expuestas en su obra *Natural Rights Theories*.

¹⁹⁷ PUFENDORF (1682, en ed. de 1980), tomo II, p. 271.

¹⁹⁸ PUFENDORF (1682, en ed. de 1980), tomo II, p. 271.

¹⁹⁹ PUFENDORF (1682, en ed. de 1980), tomo II, pp. 252-256.

iguales, por lo que se empieza a perder la enumeración de los derechos y se hace general hablar de ellos como fundamentales, inalienables, naturales, inmediatos, universales, incondicionales y absolutos²⁰⁰. Esta idea alcanzará su máximo apogeo con las Declaraciones de los derechos del hombre de las Constituciones, en especial la francesa de 1791²⁰¹.

DE CASTRO califica de “interferencia” el encumbramiento de estos derechos como fundamentales en las Constituciones, con toda la carga política que conllevaba. Entiende que ello no solo generó que los civilistas se desentendiesen inicialmente de estos derechos, sino que después dificultó el distinguir los derechos entre sí –entre los pertenecientes al Derecho público y los encuadrables en el Derecho privado–, lo que este autor valora como un escollo para su protección jurídica²⁰². Como veremos a continuación, los primeros Códigos civiles no incluirán por lo general los derechos de la personalidad y, en los casos en los que se recojan, aparecerán como derechos innatos, con un sentido político considerable.

5. Los comienzos de la Codificación y su escasa atención a la persona

5.1. LOS PRIMEROS CÓDIGOS CIVILES

La Ilustración pretendió convertir el Derecho natural de la razón en Derecho positivo de los pueblos, y de la alianza entre el Derecho natural y la planificación política de la Ilustración nació a finales del s. XVIII y

²⁰⁰ Debemos remarcar que durante el siglo XIX la Escuela de Derecho Natural fue atacada, entre otros extremos, por considerar que el “estado de naturaleza” previo a la constitución del Estado no existió nunca, por lo que no se puede denominar “derechos”, en sentido jurídico estricto, a los derechos naturales mientras no estén reconocidos en una norma jurídica positiva. Esta doctrina los considerará valores o intereses anteriores a las normas jurídicas, pero no derechos, y como veremos tendrá enorme influencia a la hora de no incluir en las codificaciones los derechos de la personalidad.

²⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1244-1245.

²⁰² DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1245.

principios del s. XIX la primera oleada de codificaciones modernas²⁰³. Concebida como la época dorada de la codificación, la Escuela de Derecho Natural imprimirá a los códigos las ideas de permanencia y, casi, eternidad²⁰⁴. La idea será crear cuerpos legales específicos para sistematizar la regulación de cada materia (civil y penal, pero también mercantil y procesal) y acabar con la fragmentación²⁰⁵. Codificar no se referirá solo a la agrupación de leyes, sino que codificar será establecer el Derecho según una tabla de principios coherentes y estables²⁰⁶. Los ideales de la codificación eran la simplificación, unificación, sistematización y certeza del Derecho, para regular una materia en un texto único de forma completa, exclusiva, permanente y sistemática que transmitiese seguridad y previsibilidad a los individuos, que lo consideraron idóneo para asegurar la libertad e igualdad en el ámbito del Derecho privado²⁰⁷.

5.1.1. Baviera, Prusia y Galitzia Occidental

Francia será el epicentro del movimiento codificador, con varios jurisconsultos a la cabeza (en especial, DOMAT, POTHIER, MONTESQUIEU y ROUSSEAU)²⁰⁸. No obstante, no será en Francia en

²⁰³ CASTÁN TOBEÑAS (rev. por ROMÁN GARCÍA, 2005), p. 213. GARCÍA RUBIO (2002), p. 26, califica al fenómeno de la codificación como “uno de los más importantes movimientos histórico-jurídicos de nuestro entorno”.

²⁰⁴ GARCÍA RUBIO (2016), p. 760.

²⁰⁵ El concepto de “Código” que maneja CARONI (1996), p. 24, en esta época es el de “aquella colección escrita de reglas jurídicas que ambiciona ser completa y, consiguiéndolo, unifica a diferentes niveles, de tal manera que asume un aspecto capaz de satisfacer las expectativas del grupo social que había salido victorioso de las revoluciones liberales”.

²⁰⁶ GARCÍA RUBIO (2016), p. 777.

²⁰⁷ SCHULZE (2015), p. 165.

²⁰⁸ Si JEAN DOMAT (1625-1696) fue el jurisconsulto francés más célebre del s. XVII, ROBERT JOSEPH POTHIER lo fue del s. XVIII. Este último ejerció en Orleans de magistrado y profesor de Derecho, en una época en la que en el Sur del país galo el Derecho era escrito, de inspiración romanista, mientras que en el Centro y Norte predominaban las reglas de Derecho civil surgidas de las costumbres. Publicó sus primeros trabajos referidos a la costumbre de Orleans, pero también hace un profundo estudio de las leyes del emperador Justiniano, destacando su obra *Pandectae Justinianae*. Las obras de POTHIER notablemente el *Traité des Obligations*, junto con los anteriores trabajos de DOMAT de finales del s. XVII –en especial su “*Lois Civiles*

donde se promulgue el primer Código, y ello puede encontrar explicación en la enorme influencia que PUFENDORF ejerció en los territorios de Baviera, Prusia y Austria, ya que dentro de alguna de sus obras ya desarrolla una especie de híbrido entre manual y Código civil en forma de artículos²⁰⁹. Así, encontramos el primer Código civil en Baviera, de 1756, seguido por el Código de Derecho general territorial prusiano (*ALR*), de 1794, de gran inspiración iusnaturalista y con pretensión omnicompreensiva²¹⁰. Ello hizo que adquiriese una extensión desmesurada, reconociendo de forma explícita los derechos innatos de todos los hombres, pero a la vez la servidumbre de los campesinos. Esta contradicción que se mueve entre la inspiración moderna y emancipadora, y el contexto traslaticio, fue ya manifestada por TOCQUEVILLE: “este Código, que innovaba tanto en apariencia, innovó poco en realidad”²¹¹. Así, se incluyeron a manera de conceptos y principios generales los “derechos generales del hombre”, de una

dans leur ordre naturel” (1689) –, serán los materiales que favorezcan la síntesis del Derecho romano y del Derecho consuetudinario. También MONTESQUIEU (1689-1755) y ROUSSEAU (1712-1778), defensor este último de una racionalización del Derecho –al contrario del primero, quien desconfiaba de esa idea de uniformidad– ejercerán una influencia clara sobre los legisladores revolucionarios²⁰⁸. Sobre ello, *vid.* GARCÍA RUBIO / MÉNDEZ GARCÍA (2005), pp. 25, 31, 42-43. Específicamente sobre DOMAT, expone GARCÍA RUBIO (2002), p. 25, que es él quien se lleva el mérito de que se considerase definitivamente el Derecho civil (todavía entendido como Derecho romano) como Derecho privado, utilizando por primera vez la expresión “Derecho civil” para designar un sistema de Derecho privado.

²⁰⁹ RUÍZ MIGUEL (2014), p. 2875, citando el Libro I de la obra de PUFENDORF *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*.

²¹⁰ El Código, al evocar explícitamente la presencia de los estamentos sociales, asigna a cada uno de ellos un derecho particular propio, lo que provoca una multiplicación de las reglas e “hincha las dimensiones más allá de toda medida”, en palabras de CARONI (1996), p. 72, lo que no impide señalar el fiel reflejo que supone este Código del pensamiento ilustrado, al ser materialmente completo, absorbiendo y reordenando todos los ámbitos privados; el público y el privado, el vicil y el penal, el material y el procesal. En parecido sentido, SCHULZE (2015), p. 164, señala que este Código aunó el Derecho feudal y el pensamiento reformador de la ilustración en materia de Derecho privado y Derecho público, pero sin corresponderse totalmente al ideal de la codificación al no haberle sido concedida una validez exclusiva frente a los Derechos regionales.

²¹¹ Recogido por CARONI (1996), pp. 71-72

manera teórica, pero hundidos en la penumbra de la desigualdad jurídica proyectada por los “derechos especiales”, que diferenciaban la ley según las relaciones estamentales²¹²

También contiene el *ALR* una norma definitoria de lo que considera “persona”, diciendo que “el hombre, en cuanto goza de determinados derechos en la sociedad civil, será llamado persona”. La doctrina alemana ha manifestado que de este precepto se desprende que las palabras “hombre” y “persona” no son lo mismo, pero también que el hombre es el sujeto de la norma jurídica y, por tanto, único objeto de la teoría de la persona²¹³. Esta definición, como veremos, no será frecuente en códigos posteriores que, si bien presuponen el concepto de persona, no serán escrupulosos a la hora de normativizarlo.

Un Código civil bastante olvidado pero de cierta relevancia en nuestro estudio fue el de *Galitzia occidental* de 1797²¹⁴, promulgado cuando la región de *Galitzia* acababa de ser incorporada al archiducado de Austria. El filósofo EMMANUEL KANT seguramente haya inspirado en parte este *Ur Entwurf* –“proyecto primitivo”, como se le pasó a denominar al *Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien*– así como el posterior Código austríaco de 1811, dada su idea del sujeto como centro de gravedad filosófica del Derecho²¹⁵. El parágrafo 29 (en adelante, §29) recogía que entre los derechos innatos de los hombres se encontraban el derecho a conservar la vida, a procurarse las cosas necesarias para ello, el derecho a “ennoblecere” su cuerpo y facultades mentales, a defenderse a sí mismo y a los suyos, a mantener su buena

²¹² HERNÁNDEZ MARCOS (2017), p. 117, citando los preceptos §§ 83 y 84 de la introducción del *ALR*.

²¹³ HATTENHAUER (1987), p. 14.

²¹⁴ El Código civil se promulgó bajo el mandato del último emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Francisco II, siendo aplicable desde el 13 de febrero de 1797 para la región de *Galitzia occidental*, y desde el 18 de septiembre del mismo año para *Galitzia Oriental*.

²¹⁵ Decía KANT que la noción del Derecho no concierne más que a la relación exterior y aun práctica de una persona con otra, siendo justa aquella acción que no sea obstáculo a la libertad de arbitrio de los demás. KANT (2004), en su traducción al español en ed. de AYALA, pp. 46-47.

reputación y a disponer libremente de lo que le es propio²¹⁶. Como destaca la doctrina, este código presenta una interesante teorización, de clara inspiración iluminista, relativa a la formulación y al alcance de los derechos de la personalidad²¹⁷. No obstante, esta enumeración solo pervivió hasta que en 1811 se promulgó el Código civil austríaco, al que pronto nos referiremos.

5.1.2. El Code Napoléon

Pero antes debemos detenernos en el valioso *Code civil* francés de 1804²¹⁸, o como también se le denominó, *Code Napoléon*²¹⁹, que cristalizó tras la promulgación de diversas ordenanzas y presentación de varios proyectos²²⁰. Con él se asienta definitivamente la sociedad burguesa a través del reconocimiento de la libertad contractual y la igualdad en las sucesiones, poniéndose punto y final a las ideas arcaicas del Antiguo Régimen. No obstante, estos ideales revolucionarios parecen relegar el tema de los derechos innatos a las Constituciones políticas. Y es que el *Code civil* no solo no enumeró los derechos de la

²¹⁶ En su versión original, dice el apartado I, par. 29: “*Zu den angeborenen Rechten der Menschen gehören vorzüglich das Recht sein Leben zu erhalten, das Recht die dazu nöthigen Dinge sich zu verschaffen, das Recht seine Leibes und Geisteskräfte zu veredeln, das Recht sich und das Seinige zu vertheidigen, das Recht seinen guten Leumund zu behaupten, endlich das Recht mit dem, was ihm ganz eigen ist, frey zu schalten und zu walten*”, consultado en *Bürgerliches Gesetzbuch für Ostgalizien*, Wien, Hraschankzy, 1797.

²¹⁷ DEZZA (2000), p. 137.

²¹⁸ El Código civil francés es el primer código moderno que hace tabla rasa con el pasado, derogando todas las fuentes del antiguo Derecho sobre las materias tratadas por sus 2281 artículos, lo que constituye uno de los presupuestos básicos del movimiento codificador. GARCÍA RUBIO / MÉNDEZ GARCÍA (2005), p. 66.

²¹⁹ Napoleón Bonaparte no solo tuvo la voluntad política de que se hiciera el código, sino que se sabe que se involucró personalmente en el mismo, interviniendo en las sesiones del Consejo de Estado – en especial en los debates sobre los principios generales – en las que se discutía el proyecto encargado a cuatro expertos abogados (TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEAU, MALEVILLE y PORTALIS). El recién proclamado emperador vio el Código no solo como una necesidad legal, sino también como uno de los medios que permitiría consolidar el nuevo régimen. GARCÍA RUBIO / MÉNDEZ GARCÍA (2005), pp.16 y 59.

²²⁰ Sobre algunas de las ordenanzas promulgadas, *vid.* GARCÍA RUBIO / MÉNDEZ GARCÍA (2005), pp. 34-56.

personalidad, sino que tampoco encontramos mención genérica alguna a ellos. Quizá la razón sea que ello se consideró materia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual recoge en su artículo segundo la idea de protección de los derechos innatos e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad como inviolable, la seguridad, la igualdad jurídica (restringida por la “utilidad común”) y el derecho de resistencia a la opresión. Aun así, no se hace mención al honor o reputación, como sí se había hecho en la compilación de *Galitzia occidental*. De hecho, tras la promulgación del *Code*, uno de sus cuatro máximos artífices, JACQUES DE MALEVILLE, critica en su *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d’Etat* que se eliminase el *Titre préliminaire* del Código, texto teórico, filosófico y jurídico que debería servir de preámbulo al Código, al que califica de “hermoso frontispicio que informaría de manera grata la obra”²²¹. En él seguramente podría haberse consagrado la primacía de la persona y su dignidad, o al menos la mención a los derechos innatos.

Tampoco aparece en el *Code* un concepto técnico de persona, y ello a pesar de que dedica su libro primero a las personas. La persona para el *Code* es un mero centro de imputación de las relaciones jurídicas, especialmente de las patrimoniales, cuya preocupación principal es la capacidad jurídica, no la persona en sí misma considerada²²².

5.1.3. El ABGB austríaco y otros códigos de la época

Seguramente no sea baladí la influencia que sobre el Código austríaco de 1811, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), haya tenido la codificación francesa que lo precedió, pues se elimina la enumeración de los derechos innatos hecha en el Código de *Galitzia occidental*. Así y todo, el ABGB, aunque con una fórmula muy genérica, recoge en su art. 16 que “todo ser humano tiene derechos

²²¹ Literalmente, dice “*Cependant j’avoue que j’ai toujours regret à ce beau frontispiece qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l’ouvrage*”, en MALEVILLE (1807), p. 4.

²²² GARCÍA RUBIO (2013 B), p. 86, quien considera que esta concepción sigue implícitamente asumida hoy en la tradición continental, como se puede apreciar en muchos tratados de Derecho civil, que inician la parte correspondiente a la persona con el estudio de la capacidad civil y la relación jurídica.

innatos que se constituyen con la sola razón, y por los que viene considerado como persona”.

Por otro lado, en América se promulgó el Código de Luisiana (*Digeste de la loi civile*, de 1808, revisado en 1824 y muy influenciado por el *Code civil* francés), el de Haití (*Code civil de la République d’Haïti*, de 1825, mera reproducción del Código francés, y el de Bolivia (*Código civil Santa Cruz o Boliviano*, de 1830, que resumía el libro II sobre dominio y derechos reales y los títulos del libro III sobre obligaciones y contratos del *Code*)²²³.

5.2. LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOLES

En nuestro país la Constitución de Cádiz de 1812 estableció, en su art. 258, la necesidad de codificar en el ámbito civil, mercantil y criminal. Pero como es bien conocido, la codificación civil en España fue un lento proceso cuyo fin no lo encontramos hasta finales del siglo XIX, cuando se promulga el Código civil de 1889²²⁴. Sin embargo, a lo largo de todo el siglo se sucedieron diversos proyectos que merecen ser destacados, pues en ellos encontramos diferentes formas de tratar (o de pasar por alto) los primigenios derechos innatos.

5.2.1. El Proyecto de CC de 1821

El primero de todos es el Proyecto inacabado²²⁵ de 1821, que curiosamente no se caracteriza por su alineación con el Código francés,

²²³ GUZMÁN BRITO (2006), p. 38.

²²⁴ De hecho, un año después de la publicación del *Code*, aparece en España no un Código, sino la Novísima Recopilación, calificando GARCÍA RUBIO (2002), p. 33, este hecho de “anacronismo”, sin ni siquiera servir el retraso en la publicación del Código para la creación de una Ciencia jurídica de alto nivel que plasmase los méritos del Derecho civil español en el Código.

²²⁵ Se llegaron a redactar 476 artículos, correspondientes al Título preliminar (arts. 1-33), y el resto formando el comienzo de la Parte Primera, “De los derechos y de las obligaciones”, dividida en tres libros: “Libro primero. De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general” (arts. 34-276), “Libro segundo. De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas” (arts. 277-476) y “Libro tercero. De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas”, libro que no llegó a redactarse, al igual que tampoco lo hizo la Parte Segunda, que iba a denominarse “De la administración general del Estado para hacer efectivos los

pues el proyecto es más político y cercano a la Constitución de Cádiz de 1808. Este alejamiento permitió, entre otras cosas, que se optase por desarrollar el art. 4 de la Constitución, relativo a los derechos y obligaciones individuales, cuestión seguramente promovida por GARELLY, quien en las Cortes de Cádiz mantuvo la necesidad de que los Códigos civiles desarrollaran los derechos constitucionales de los individuos²²⁶.

Por tanto, tras el Título preliminar del Proyecto de 1821²²⁷, su Libro primero comienza disponiendo en el art. 34.1 que “la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles”. Parece que la intención del proyecto es construir sobre estos cuatro derechos básicos buena parte de los derechos fundamentales de las personas. Dentro del derecho a la libertad, a la que se dedica el primer capítulo, encontraríamos “el derecho a conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades” (art. 40. 1º), lo que en términos modernos supone la consagración del derecho a la vida e integridad física y moral. Tras ello, el proyecto dedica un segundo capítulo a la propiedad, y a continuación un tercero que bajo la rúbrica “De los demás derechos legítimos” recoge en primer lugar el derecho a la “protección de la seguridad individual de su persona y de su honor contra cualquiera que la atacare o intentase atacarla” (art. 49), el derecho al auxilio de los demás para la conservación de su vida, honor y bienes (art. 50), y finalmente el derecho a la igualdad legal (art. 51). Como vemos, el derecho al honor aparece vinculado al concepto de seguridad, tanto física como moral, y por tanto dentro de esos cuatro derechos fundamentales que, según algún autor, ostentarían una

derechos y las obligaciones”. De todas formas, este proyecto ha sido calificado como una obra curiosa, hábilmente trazada y muy doctrinal, que presta gran atención a las definiciones, sistemática y al encadenamiento lógico de los preceptos. PESET REIG (1975), p. 32.

²²⁶ Así lo señala BLASCO GASCÓ (2008 A), p. 32. NICOLÁS M^a GARELLY, catedrático de Derecho civil, ministro de Gracia y Justicia y Presidente del Tribunal Supremo, tuvo un importante papel en el Proyecto de Código civil de 1821.

²²⁷ El texto del Proyecto se consultó en LASSO GAITE (1970), pp. 7 y ss.

naturaleza tanto civil como política²²⁸. Otros, en cambio, los tratan como una declaración política de principios, si bien matizan que se plasman en un Proyecto de Código civil, cuando nada impedía que se hubiesen recogido solo en la Constitución, entonces vigente la de 1812²²⁹.

5.2.2. El Proyecto de CC de 1836

Lo cierto es que el Proyecto de 1821 es el que más preceptos dedica a estos derechos, ya los consideremos de una naturaleza u otra. Los restantes Proyectos apenas les brindarán atención, aunque en el de 1836 se sigue manteniendo la idea de reconocer en el Código una serie de derechos “que son más bien civiles que políticos”. Así se recoge en la exposición de motivos del Proyecto de 1836, que por dos veces repite que se trata de derechos generales correspondientes a toda clase de personas, sin distinción alguna, y que deben servir de base a las demás disposiciones del Código civil. Después pasa a describirlos poniendo especial énfasis en que se trata de la faceta civil de estos derechos lo que se recoge en el código. Por ejemplo, cuando describe la seguridad individual, dice que “la libertad individual *como derecho civil* es la facultad que tiene cada uno de disponer de sí y de sus cosas según le convenga (...)”; o al hablar de la seguridad, al remarcar que “*puede considerarse también como un derecho civil* concedido a todos por la ley protectora, que afianza el derecho de propiedad y los demás así reales como personales”; y en fin, “a todos concede también la ley, sin diferencia de condición ni de fortuna, la facultad de reclamar sus derechos, y *esta igualdad es puramente civil*, pues bajo el aspecto político no la puede haber rigurosamente, por cuando no a todos se conceden igualmente los derechos políticos: para ejercer algunos de

²²⁸ PESET REIG (1975), p. 54, sugiere que el legislador pudo querer distribuir los derechos en políticos fundamentales, que se hallarían en la Constitución, otros civiles, que serían entre otros, los enumerados en el art. 52 del Proyecto (ejercicio de la potestad patria, de la tutela, los que habilitan para testar, contratar...) y un tercer grupo intermedio entre políticos y civiles, participando de ambas características: libertad, propiedad, seguridad e igualdad. Achaca esta deficiencia y difusa concreción de los derechos en el Proyecto de 1821 a la también falta de concreción de los mismos en la Constitución.

²²⁹ BLASCO GASCÓ (2008 A), p. 32.

ellos se necesitan ciertas calidades y el que no las tenga estará privado de los mismos”.²³⁰

En el cuerpo del Proyecto se contiene esta regulación bajo el Libro I, “De las personas”, que tras unas disposiciones generales (sobre lo que hoy llamaríamos capacidad jurídica) denomina su título I “De los derechos correspondientes a las personas en general”. Consta de dos artículos, interesándonos aquí el art. 19 por enumerar dichos derechos. Si bien en la exposición de motivos solo mencionaba la libertad individual, la seguridad personal y real y la igualdad legal, en este precepto también se refiere al derecho a la vida (“conservar la existencia física y moral”), quizá como parte integrante de la libertad. Otros derechos se refieren más bien a cuestiones procesales (“el de reclamar a la autoridad pública la protección de los derechos concedidos por la ley contra cualquiera que intente vulnerarlos”), pero lo que está claro es que desaparecen todas las menciones al honor que había en el Proyecto de 1821. Por otra parte, a quien sí se menciona por primera vez es, en el nuevo título XIV, a las personas morales, título que tiene su origen en el trabajo de CAMBRONERO²³¹, quien trató por primera vez, de manera separada, la categoría de las personas jurídicas. Así, se reputarán personas morales las juntas o corporaciones establecidas con autoridad pública (art. 541), quedando fuera las asociaciones de interés particular²³².

²³⁰ Se ha consultado el texto del Proyecto de 1836 en LASSO GAITE (1970), pp. 89 ss. Concretamente, estas palabras de la exposición de motivos se contienen en la p. 93. La cursiva es nuestra.

²³¹ LASSO GAITE (1970), p. 105. Se lamenta el autor de que con la muerte del jurisconsulto y Abogado CAMBRONERO, este no llegase a concluir sus trabajos, que después fueron aprovechados para la redacción del Proyecto de 1836. El título “De las personas morales” era un trabajo original de CAMBRONERO (en el anterior proyecto apenas se mencionaban, y el *Code* no contenía alusión alguna a ellas), que haría suponer la existencia de los títulos relativos a las personas individuales, que LASSO GAITE lamenta no llegasen a nosotros, pues la aportación de este jurisconsulto en el tránsito del proyecto de 1821 al de 1836 debió de ser importante.

²³² LASSO GAITE (1970), p. 124.

5.2.3. El Proyecto de CC de 1851

El proceso de Codificación en España está en pleno apogeo a mediados del siglo XIX, que es cuando aparece el Proyecto de 1851, pero en el que la ya escasa regulación de los derechos naturales presente en los anteriores textos, acaba de desaparecer por completo. Este texto surge tras la creación de la Comisión General de Codificación en 1843, y si bien las razones de que fracasase todavía no están claras, es indudable su valor desde el punto de vista técnico, lo que sumado a las *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español* de GARCÍA GOYENA, influirá notablemente en las posteriores codificaciones iberoamericanas²³³. Sin presentar una exposición de motivos²³⁴, se contiene de nuevo un Libro I rubricado “de las personas”, pero cuyo título primero comienza regulando directamente la condición de español y extranjero, sin mención alguna a los derechos innatos.

Tras este proyecto se generaliza la opinión favorable a la codificación por leyes especiales. Así, debemos mencionar el Proyecto de Ley del Libro primero del Código civil que se presenta por las Cortes el 19 de mayo de 1869 durante el Sexenio Revolucionario. Rubrica el Título primero del Libro primero “De las diferentes personas civiles y de la ley que regula su capacidad en general”, cuyo enunciado recuerda al del primer título del proyecto del 36, aunque sin la importancia que este le daba a las personas morales (jurídicas)²³⁵. Establece en el art. 16 que “solo el hombre es susceptible de derechos y obligaciones: en esto consiste su capacidad jurídica o su personalidad”, y a continuación que la ley podrá reconocer como personas jurídicas, y por tanto “con capacidad civil” a determinados entes. Por lo tanto, si bien no se avanza en lo que a codificación de los derechos naturales de la persona se refiere, sí que aparece por primera vez el concepto de personalidad como sinónimo de capacidad civil²³⁶.

²³³ GARCÍA RUBIO (2002), p. 34.

²³⁴ Al menos no aparece en el texto del Proyecto de 1851 recogido por LASSO GAITE (1970), pp. 321 y ss.

²³⁵ LASSO GAITE (1970), p. 355.

²³⁶ GETE-ALONSO Y CALERA (2013), p. 72, indica que la descripción de la personalidad de este proyecto sigue coincidiendo en parte con lo que la doctrina identifica como

Como es sabido, las leyes especiales no cristalizarán en forma de Código civil hasta el año 1889, por lo que antes retomaremos brevemente el análisis de la situación codificadora alrededor de 1850 en el Derecho comparado.

5.3. LOS CÓDIGOS CIVILES DE MEDIADOS DEL SIGLO XIX

5.3.1. El Código civil chileno de 1855

El tercer Código civil más antiguo del mundo en actual vigencia²³⁷ –los primeros son los ya vistos austríaco y francés– es el Código civil de Chile de 1855 de ANDRÉS BELLO, su principal autor, que al igual que los dos códigos anteriores, no se detuvo en la cuestión de los derechos de la personalidad²³⁸. Pero sí le dedicó un precepto, el art. 55, al principio de no discriminación entre las personas, diciéndose que todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, serán considerados personas. No se trata, por tanto, de una definición de la persona natural, de sus características esenciales de la persona que permitan establecer si un ser determinado puede o no ser incluido en el concepto. Pero al consagrarse este principio de igualdad y no discriminación, lo que sí se dice es que no es relevante la edad, ni el sexo, ni la estirpe, ni la condición cuando se trata de otorgar a un individuo de la especie humana la calidad de persona. Por tanto, se adelanta notablemente a las ideas que, ya entrado el siglo XX, recogerán las constituciones latinoamericanas²³⁹. De hecho, comentaristas españoles del Código chileno harán notar a finales del s. XIX que este principio todavía no había alcanzado plena consagración en España,

tal, si bien con una ampliación significativa, la de extender la personalidad a las personas jurídicas o morales.

²³⁷ Descontando al de Bélgica, Haití y República Dominicana, los cuales se rigen por el francés y siguen su primera antigüedad sin adquirir una nueva intermedia. GUZMÁN BRITO (2006), p. 48.

²³⁸ Según BELLO, el Código debía estar basado en el Derecho castellano vigente, en especial *Las Siete Partidas*, consolidándose con los comentaristas españoles, y añadiendo algunas modificaciones obtenidas del *Code* francés y sus comentaristas. Recogido por GUZMÁN BRITO (2006), p. 37.

²³⁹ FIGUEROA YÁÑEZ (2007), p. 370. Por ejemplo, en el propio país chileno este principio se consagró constitucionalmente en 1980, en los arts. 1 y 19.2 y 3 de su Constitución.

donde “hasta hace poco, y aún hoy en parte, solo tenía aquella el individuo, libre, varón, católico y español, puesto que más o menos estaba mermada la de las personas sociales, de los esclavos, de las mujeres, de los heterodoxos y de los extranjeros”²⁴⁰.

El Código civil de BELLO añade, no obstante, una “división” de las personas entre chilenos y extranjeros, pero matizaba en el art. 57 que “la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código”. Estaba, de esta manera, dando un paso de gigante respecto al *Code*, pues este preveía en su art. 11 que los extranjeros gozarían de los derechos civiles en Francia en la medida de la reciprocidad, es decir, en cuanto se los confiriera a los franceses el país de origen del extranjero en cuestión²⁴¹.

Para la doctrina de finales del s. XIX encargada de comentar los códigos de la época no pasó desapercibida la omisión sobre los derechos innatos, omisión que por otra parte decían que era acorde con todos los demás códigos excepto el de Portugal –que como veremos a continuación, sí contenía mención a los derechos “originarios” de la persona–. Así, AZCÁRATE dirá que le parece más acertada la opción del legislador lusitano, diciendo literalmente que “no se alcanza el motivo de disgregar del Código civil la rama más importante del Derecho privado, y, aun puede decirse, la que es base fundamental de todas las demás”²⁴².

La doctrina chilena actual justifica la omisión sobre la persona y los aspectos de la personalidad a que ya se encontraba suficientemente protegida por el ordenamiento constitucional contra los atentados de que pudiera ser objeto, y que implícitamente sí había preceptos del Código civil que reconocían “aspectos” protegibles de la persona²⁴³. Así, señalan que el derecho a la vida se manifestaba en el derecho de alimentos (art. 1208.2 CC chileno), el derecho al honor mediante las

²⁴⁰ AZCÁRATE (1881), p. IX.

²⁴¹ GUZMÁN BRITO (2006), pp. 47 y 95.

²⁴² AZCÁRATE (1881), p. VIII.

²⁴³ FIGUEROA YÁÑEZ (2007), p. 372, citando a FUEYO LANERI.

disposiciones que impiden que suceda, por causa de indignidad, a aquel que haya atentado gravemente contra el honor del causante. También se protege el honor a través del art. 2331 CC chileno, en el que se prevé que las imputaciones injuriosas contra el honor de una persona pueden dar lugar a una indemnización extracontractual de daños, siempre y cuando se pruebe un daño emergente o lucro cesante y los hechos no sean ciertos²⁴⁴.

El Código chileno, aun no habiendo regulado apenas lo que aquí nos interesa, fue uno de los más notables del grupo americano, en especial por la claridad y originalidad de sus disposiciones²⁴⁵. Además, fue el Código adoptado en muchos otros países de su entorno, como por ejemplo El Salvador (1859), Ecuador (1861), Colombia (1873), u Honduras (1880), además de haber sido modelo del de Uruguay (1868), Argentina (1869, trasladado a Paraguay en 1876), Nicaragua (1904), y finalmente Panamá (1916) y Brasil (1916). Por lo que en estos países no encontramos tampoco mención a los derechos que aquí nos atañen, aunque como veremos más adelante, hoy la cuestión en algunos de ellos difiere notablemente de la de entonces.

5.3.2. El Código civil italiano de 1866

Un año después de la promulgación del Código chileno nos encontramos con el primer Código civil italiano, de 1866²⁴⁶.

²⁴⁴ Art. 2331 Código civil chileno señala que “las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”. FIGUEROA YÁÑEZ (2007), p. 372, de manera un poco rebuscada, indica otros preceptos en los que aprecia una protección del derecho a la intimidad, como aquellos que reglamentan el testamento cerrado, o las limitaciones a las servidumbres de vistas.

²⁴⁵ Algo ya apreciado por AZCÁRATE (1881), p. III, diciendo que “merece seguramente ser contado entre los mejores”. También lo indica CASTÁN (2005), p. 220.

²⁴⁶ Aunque en diferentes regiones italianas se trató de compilar desde época temprana toda la legislación civil, lo cierto es que no se logró promulgar un Código unitario hasta 1866. Ya en el s.XVII la República veneciana intentó ordenar las leyes, llegándose a crear en 1662 una magistratura llamada *Superintendencia para la compilación de las leyes*. Posteriormente los reinos de Cerdeña, Nápoles y Toscana procuraron promulgar Códigos civiles, pero sin éxito. Con la llegada de la Revolución

Influenciado enormemente por el Código francés, tampoco reguló los derechos de la personalidad, y no será hasta cerca de un siglo después, cuando el nuevo Código de 1942 los recoja.

5.3.3. El Código civil portugués de 1867

Mención aparte merece el Código Civil portugués de 1867, también conocido como Código *de Seabra*, por ser pionero en el reconocimiento y positivización de los *direitos originários*²⁴⁷. La influencia del pensamiento de SEABRA, su principal autor, será fundamental: su modo de concebir el Derecho a partir del derecho de propiedad²⁴⁸ explica cómo entendió los derechos de la personalidad como propiedad del hombre, ya que esta alcanzaba todo contenido propio de alguien, ya fuese material, inmaterial o espiritual²⁴⁹. Así, se desvió del panorama legal dominado por el *Code*, resultando un Código de lo más original tanto en técnica como en contenido²⁵⁰. La justificación que dan los historiadores a esta originalidad recae en el distanciamiento que se produjo entre las naciones portuguesa y española en esa época, unido a la facilidad de comunicación por vía marítima de la primera, que la condujeron a participar en los progresos de la civilización moderna de la mano de Inglaterra. Mientras que el orden napoleónico encerró en las cartas constitucionales los derechos del individuo, la legislación portuguesa, de un modo “británico” llevó los derechos al ámbito

francesa se tradujo el *Code* al italiano, y empezó a regir este desde el 30 de marzo de 1806. Aunque con la restauración se trató de volver a las antiguas legislaciones, lo cierto es que muchos principios del *Code* ya habían hecho mella en la sociedad. Tras varios intentos, por fin se consiguió promulgar un código para todos los Estados que constituían el reino de Italia en 1866. AGUILERA Y VELASCO (1881), pp. 11-20.

²⁴⁷ Su principal autor fue ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA E SOUSA (1798-1895), de ahí que también se le conozca por *Código Seabra*. Para MENEZES CORDEIRO (1999), p. 68 deviene fundamental que el principal autor de las bases en las que se asienta el Código sea un jurista como SEABRA, al que califica de “genio”, y al que se le permite ser innovador, sin tener que seguir esquemas culturales, “perennes por natureza”.

²⁴⁸ Su obra fundamental fue *A propriedade. Philosophia do Direito para servir de introdução ao Comentário sobre a Lei dos Forais*, de 1850.

²⁴⁹ VASCONCELOS (2019), p. 17.

²⁵⁰ Dice CASTÁN TOBEÑAS (rev. por ROMÁN GARCÍA, 2005), p. 208, que este Código, entre los del grupo latino, es “uno de los que más perfeccionamientos acusan sobre el Código francés, cuyas normas aclara y completa”.

jurídico-privado, consignando, a ejemplo de la jurisprudencia inglesa, los derechos del hombre en las leyes civiles y sustrayéndolos así de las inestabilidades políticas del continente europeo, además de dotarlos de claridad y concisión a la hora de enumerarlos y definirlos²⁵¹.

Por tanto, uno de los motivos que ha contribuido más a esta originalidad ha sido que consagrasen los derechos individuales como *direitos originários* entre las reglas del propio Código. Ello justificó tanto la calificación del Código como individualista –cuestión que muchos criticaron²⁵²– como el orden de las instituciones que siguió el legislador. Este orden distinguió entre derechos originarios, resultado de la propia naturaleza del hombre, y derechos adquiridos²⁵³. Así, la

²⁵¹ PETIT (2013), p. 546, citando a PATRICIO DE ESCOSURA, traductor al español del Código portugués. No obstante, habrá que tener en cuenta la *Carta* otorgada por D. Pedro IV en 1826, ley política vigente en Portugal por entonces, que en su art. 145 decía que “la inviolabilidad de los derechos civiles y políticos (...) que tiene por base la libertad, la seguridad individual y la propiedad, es garantizada por la Constitución”, complementándose ello con el art. 1º diciendo que “ningún ciudadano puede ser obligado a hacer, o dejar de hacer alguna cosa, sino en virtud de la ley”. Ello demuestra el carácter complementario de la ley ordinaria y la Constitución en la garantía de los derechos civiles. Para ver una comparativa de los preceptos constitucionales y las reglas jurídico-civiles –algo infrecuente en la experiencia comparada–, *vid.* PETIT (2013), p. 551.

²⁵² PETIT (2013), p. 534, sobre cómo influyeron las críticas que recibió el Código por parte de las élites académicas portuguesas para configurar el posterior Código de 1966 como un texto más social, y por tanto menos individualista que el primitivo. También en PETIT (2013), p. 557 se transcribe una pregunta que se formulaban los redactores de *El Imparcial* respecto de la traducción del Código portugués al idioma español: “¿Qué objeto se han propuesto el traductor y anotador del Código civil portugués publicándolo en España, siendo, como es, tan liberal, tanto, que coloca en la esfera de las leyes civiles, es decir, de las leyes más permanentes, de las menos modificables, derechos que en todos los países menos Inglaterra flotan aun por los espacios de la política?”. Aunque PETIT no pretende responder a esta pregunta, lo que sí admite, opinión que compartimos, es que el Código de Seabra, con su “llamativa apuesta por «civilizar» las libertades subjetivas –por confiarlas al amparo de los jueces, «lo mismo que si se atentara contra su campo o contra su casa» del ciudadano– alcanzó un eco poco común”.

²⁵³ Los derechos adquiridos eran los nacidos bien de acto propio (ocupación, prescripción, trabajo), bien de acto en concierto con otro (obligaciones y contratos), bien de acto de tercero o mandato de ley (gestión de negocios ajenos y sucesiones *mortis causa*).

doctrina dice que se convirtió al ciudadano con sus libertades civiles en referente del ordenamiento privado²⁵⁴.

El título del Código civil de los *direitos originários* (Título I, libro I, parte II)²⁵⁵ comenzaba con el art. 359, postulando que tales derechos son los que resultan de la propia naturaleza del hombre y que la ley reconoce y protege como fuente y origen de todos los demás. Se trata de una afirmación para nada neutral, pues los derechos originarios dejan de ser recibidos de la naturaleza por el hombre, a ser propia naturaleza del hombre²⁵⁶. A continuación, se enumeran tales derechos, a saber: los derechos de existencia, libertad, asociación, apropiación (que, considerado objetivamente, “es lo que se llama derecho de propiedad”, según el art. 366) y defensa, pasando a describirlos en los artículos siguientes. Así, en el art. 360 destaca la amplitud con la que se define el derecho de existencia, incluyéndose lo que hoy sería un derecho al honor, al decir que “no solo comprende la vida e integridad personal del hombre, sino también su buen nombre y reputación, en lo que consiste su dignidad moral”. El título terminaba con el principio general del art. 368, diciéndose que “Los derechos originarios son inalienables y solo pueden ser limitados por ley formal y expresa”, lo que excluía que se dejase en manos de simples reglamentos la eventual limitación de los derechos, y además se señala que su violación produce la obligación de reparación de esa ofensa. Aunque el reconocimiento a nivel civil de estos derechos fue de importancia capital, los civilistas portugueses critican que se trate de una enunciación limitada de los derechos. Es decir, que, aun reconociendo su amplitud, se está ante una enunciación cerrada en el sentido de que no contienen una cláusula general de protección de la persona, faltando derechos como el respeto al honor, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, etc.²⁵⁷.

²⁵⁴ PETIT (2013), p. 533.

²⁵⁵ Con razón, vista la rareza de que se codificasen estos derechos en un Código civil, califica de “curioso” este título MENEZES CORDEIRO (1999), p. 67.

²⁵⁶ Así lo apunta VASCONCELOS (2019), p. 20.

²⁵⁷ DE CARVALHO (2012), p. 233, diciendo que también es algo que hicieron notar ENNECCERUS-NIPPERDEY respecto del BGB, si bien posteriormente y como veremos,

Parte de estos derechos pasarán después a formar parte de la Constitución Política portuguesa de 1933, en la que su art. 8 hablaba de los derechos, libertades y garantías individuales de los ciudadanos portugueses, pero entendidos desde una perspectiva política, como derechos de los ciudadanos frente al Estado²⁵⁸.

6. El origen de la teoría de los derechos de la personalidad y su progresiva codificación

6.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Paralelamente a la promulgación de los Códigos civiles mencionados y a la aparición de los sucesivos Proyectos españoles, en Europa, especialmente en Francia, Alemania e Italia, empezó a germinarse lo que muchos autores consideran el origen de la teoría de los derechos de la personalidad²⁵⁹. Si hasta ahora habíamos concebido una protección de ciertos aspectos de la persona – mediante la *actio iniuriarum* en el Derecho romano, la tipificación penal de delitos contra el honor en la Edad media, la consideración del honor y la fama como bienes de la persona en la Escolástica española, o el establecimiento de una serie de derechos innatos a todo ser humano en la Ilustración– en esta época empezará a construirse una elaborada categoría dogmática sobre los bienes inmateriales que, bajo la estructura de los derechos subjetivos, empezará a proteger no solo la reputación y la existencia de la persona (en concreto la vida, la integridad física y la libertad), sino también aspectos novedosos como el nombre, la imagen, la marca o los derechos de autor.

la aprobación de la GG a mediados del s. XX permitirá ampliar el catálogo de derechos de la personalidad protegidos.

²⁵⁸ Según CARVALHO FERNANDES (2012), p. 230, estos derechos no se incluían desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, pues para ello hay que esperar a la Constitución portuguesa de 1976. Algunos de los derechos proclamados por la Constitución de 1933 proclamados fueron el derecho a la vida e integridad personal (art. 8.1), al buen nombre y reputación (art. 8.2), o a la inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia (art. 8.3).

²⁵⁹ *Vid.* ap. 4.1, cap. I.

6.1.1. Los comienzos de la protección de los bienes inmateriales

Estos nuevos derechos surgirán debido al contexto económico e industrial que aflora a mediados del siglo XIX y que tiene como uno de sus más fuertes pilares la libertad de comercio, lo que impulsó la iniciativa privada y con ello la necesidad de proteger jurídicamente los bienes inmateriales²⁶⁰. En el terreno de los derechos de autor esta idea ya se venía gestando desde la invención de la imprenta y, en especial, desde la recepción del Derecho natural, entendiéndose que el creador de una obra no necesitaba de privilegios de editor pues su explotación era algo que le pertenecía de suyo²⁶¹. En este sentido dirá LOCKE que todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que, por tanto, la obra de sus manos ha de ser considerada como propiedad suya²⁶². Estas corrientes transformadoras e ideas de libertad del siglo XVIII habían llevado a la aprobación en Inglaterra del Estatuto de la Reina Ana en 1710, primer documento legislativo que atribuye al creador

²⁶⁰ Según VENDRELL CERVANTES (2014), p. 34, hubo un contexto económico que motivó el nacimiento de la concepción de los bienes inmateriales, a la que califica de las “más trascendentales de la historia del Derecho privado europeo”.

²⁶¹ De hecho, como apunta YZQUIERDO TOLSADA (1988), p. 525, es gracias a estas aportaciones del Derecho natural que la mayoría de los autores empiezan a salir de la miseria en la que vivían, pues hasta ese momento sus ingresos venían de la generosidad de algún mecenas o protector, a los que después se dedicaban las obras. Así se aprecia en las dedicatorias de GÓNGORA al Duque de Lerma, o las de la obra magna de la literatura española, *El Quijote* de CERVANTES, dedicadas al Duque de Béjar la primera parte, y al Conde de Lemos la segunda. Esta realidad también se aprecia en el mundo musical, pues como bien dice MARCO ARAGÓN (2016), p. 18, compositores de la talla de J. S. BACH debían hacer cantatas semanales para la iglesia Sto. Tomás de Leipzig; F. J. HAYDN vestía la casaca de criado de la familia ESTERHAZY para poder componer; y aunque aparentemente tras la Revolución Francesa la situación cambia, L. V. BEETHOVEN sobrevivió gracias a mecenas privados, e incluso más adelante, R. WAGNER, tuvo la protección “irregular aunque decidida de LUIS II DE BAVIERA”.

²⁶² LOCKE (1690, ed. de 1823), *Two Treatises of Government, Essay One (The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown)*: §28 “(...) thou madest him to have dominion over the works of thy hands (...)” y *Essay Two (Concerning the True Original Extent and End of Civil Government)*, §120 “(...) By the same act, therefore, whereby any one unites his person, which was before free, to any commonwealth, by the same he unites his possessions, which were before free, to it also (...)”.

derechos sobre su obra. Progresivamente se fueron adoptando textos similares tanto en los Estados europeos como americanos²⁶³. En España se aprueba en 1847 la primera Ley de Propiedad Literaria²⁶⁴, momento en el que se sitúa el nacimiento del moderno Derecho español de autor²⁶⁵.

No obstante, en esta legislación había una preponderancia de los primeramente llamados “privilegios de impresión” (germen de la idea de los derechos de explotación) sobre la protección de los intereses personales (lo que más adelante se convertirá en el derecho moral de autor). Los intereses personales se manifestaban, por ejemplo, en la preocupación de los autores a que se publicasen textos con erratas, o con modificaciones, o, en fin, a que se difundiesen sus textos sin consentimiento o sin indicar su paternidad²⁶⁶. Esta inquietud se derivaba de la lesión que podía darse a su reputación profesional como autor, y que como decimos no encontró, inicialmente, respaldo legislativo, aunque sí jurisprudencial. Así, especialmente en el seno de los tribunales franceses, empezó a protegerse el interés del autor derivado de su reputación, estableciéndose a mediados del siglo XIX que el autor, desde un punto de vista de la personalidad moral, debe conservar el derecho a revisar y corregir su obra, a controlar la fidelidad de la reproducción y a escoger el momento y el modo de su publicación.

²⁶³ Debemos precisar que el fundamento de los derechos de autor en ambos sistemas jurídicos tenía sus diferencias y las sigue manteniendo hoy en día: mientras que en los países anglosajones se primará el interés colectivo, en los países europeos y latinos la postura será más individualista, pues el derecho de autor se expresará en términos de un verdadero derecho individual.

²⁶⁴ Aunque el título de la ley solo hacía referencia al género literario, quizá por la atención preferente que tuvo la obra literaria en esa época, lo cierto es que también se protegían las obras musicales, dramáticas y artísticas. *Vid.* PLAZA PENADÉS (1997), pp. 75-76.

²⁶⁵ Previamente a esta ley ya se habían promulgado otras en donde se reconocía a los autores la posibilidad de obtener los privilegios sobre la impresión de los libros. *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA (1988), pp. 528-531, quien hace un barrido desde las Reales Órdenes de Carlos III hasta la ley de 1879.

²⁶⁶ PLAZA PENADÉS (1997), pp. 86-88, expone varios casos en los que autores de renombre (entre otros, LUTERO y THOMASIVS) se quejaban de que sus obras habían sido publicadas de forma diferente a como ellos las habían concebido.

En definitiva, podemos encontrar el fundamento de estos derechos en la protección del honor y de la reputación profesional del autor²⁶⁷.

6.1.2. La “fugacidad de las representaciones artísticas” vs. su fijación

Por otro lado, posteriormente a la aparición de los derechos de autor, hacia finales del siglo XIX empieza a plantearse la protección de otra faceta artística. Si la anterior estaba ligada al texto de los libros o a las notas de las partituras, esta se vinculará a la representación de estas obras intelectuales: se tratará de la protección de la propia interpretación del artista, consecuencia de la aparición de los sistemas de grabación y filmación. Y es que, con anterioridad a su invención, el artista siempre debía estar presente para realizar su prestación intelectual. Tenía el control sobre la interpretación ya que esta solo existiría en tanto él pudiese representarla en vivo, por lo que se hablaba de la “fugacidad de las representaciones”, lo que para algún autor suponía que nada perduraría del *corpus mechanicum* proporcionado por el intérprete una vez terminada la interpretación²⁶⁸. Pero con la revolución tecnológica se hizo patente la necesidad de protección, ya que el control que antes tenía el artista de su interpretación se perdía, al poder estas reproducirse y almacenarse²⁶⁹. No obstante, las leyes que paulatinamente irán cubriendo esta necesidad tardarán en aparecer, siendo la primera de la que tenemos constancia la inglesa *Dramatic and Musical Performers’ Protection Act* de 1925, que como su nombre indica protegía a los intérpretes del ámbito teatral y musical²⁷⁰.

²⁶⁷ PLAZA PENADÉS (1997), p. 93.

²⁶⁸ BAYLOS (1993), p. 648.

²⁶⁹ CITRON (1901), p. 67, decía que en época de SCHILLER había una “mortalidad de los logros artísticos (...) pues los que querían disfrutar de ellos, debían peregrinar hasta él”.

²⁷⁰ Esta ley fue bastante criticada por algunos juristas de la época por tipificarse la conducta como un delito y no como un ilícito civil, cuando entendían que lo procedente habría sido modificar la *Copyright Act* de 1911. En este sentido, *vid.* ARNOLD (1990), pp. 148-161, quien explica cómo evolucionó la jurisprudencia desde 1925 hasta 1987, cuando a raíz del caso *Peter Sellers* se dijo que la ley confería acciones civiles.

En definitiva, por lo de pronto dejamos apuntado que los derechos morales de los autores y los derechos de los intérpretes y ejecutantes (también llamados “derechos conexos”) convendrá analizarlos detenidamente en su sede correspondiente, debido, fundamentalmente, a dos cuestiones. Por una parte, a la discusión que ha habido tradicionalmente en la doctrina respecto de su naturaleza jurídica y su delimitación de los derechos de la personalidad: mientras que un sector defenderá que el derecho moral de autor y los derechos conexos de intérpretes y ejecutantes son derechos de la personalidad (puesto que la creación es expresión de la personalidad)²⁷¹, otros les negarán tal carácter, argumentando que el objeto de protección en los derechos de autor y en los derechos conexos es lo que se crea externamente, no una cualidad de la persona²⁷². Por otra parte, estos derechos serán relevantes en los casos en los que sea el uso de la voz de un artista el motivo de controversia, pues podría haber un concurso de pretensiones a la hora de encuadrar el tema bajo la protección de los derechos de autor, intérprete y ejecutantes, o de los derechos de imagen y voz del artista.

6.1.3. La invención de la fotografía y la aparición de los derechos de imagen

En relación con los derechos de imagen, su aparición irá ligada a la expansión de las cámaras fotográficas a mediados del siglo XIX, cuya consecuencia en el plano jurídico fue el surgimiento de una nueva tipología de intromisiones ilegítimas y de explotación comercial no autorizada de determinadas imágenes²⁷³. También influirá la

²⁷¹ GIERKE fue el máximo exponente de la idea de que los derechos morales emanaban de los derechos de la personalidad. *Vid.* ADENEY (2006), p. 28.

²⁷² MARTÍN VILLAREJO (2007), p. 638; CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1666-1667, entre otros.

²⁷³ Gráficamente describe RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 7, que con el descubrimiento de la fotografía y más aún con el “perfeccionamiento de la instantánea” se puso “a todos los hombres de los pueblos civilizados en riesgo de ser reproducidos inadvertidamente y aun contra su voluntad, en posiciones o gestos que pudieran ser convenientes o inconvenientes para el concepto en que el interesado se tuviera a sí mismo o fuera tenido por los demás”. Antes, en el otro lado del Atlántico, WARREN y BRANDEIS (1890), p. 195, también dijeron que las “fotografías instantáneas y los periódicos habían invadido los sagrados precintos de la vida privada y doméstica”. Sobre el valor afectivo que tendrán las imágenes, dirá tiempo después GITRAMA (1962), p. 306 que

Revolución industrial y la proliferación de productos de diferentes compañías, que en su afán competidor comenzaron a utilizar la publicidad como uno de los medios para diferenciarse de sus rivales²⁷⁴. Por aquel entonces, los anuncios serán básicamente gráficos, en forma de carteles, en los que muchas veces se retratarán o se insertarán en ellos fotografías de personas.

Así, comenzarán a darse intromisiones en esta y otras facetas de la personalidad –véase el nombre– que al ser conocidos por los tribunales carecían de un concreto marco jurídico que estos pudiesen aplicar. Por lo que será la jurisprudencia, al igual que había sucedido con los derechos de autor, la que impulse su reconocimiento, siendo a continuación la doctrina, en especial la alemana –y no sin cierto rechazo por un muy importante sector doctrinal–, la que proceda a sistematizarlos y establezca las bases teóricas para su completa formulación como categoría dogmática.

6.1.4. La invención del fonógrafo (o gramófono) y la tímida formulación de un derecho a la propia voz

Desde comienzos del s. XIX aparecen ensayos para registrar sonidos por medio de una aguja sujeta a una membrana que vibra simpáticamente con los sonidos producidos en ella, permitiendo así que la punta de la aguja impresione una placa en movimiento a una cierta velocidad fija. Posteriormente se consiguió que se volviese a reproducir lo previamente registrado, lo que se conoce como el “principio de reversibilidad” del proceso de registramiento. Así, tanto en un lado del Atlántico como en otro, CROS y EDISON inventaron el primer fonógrafo²⁷⁵, atribuyéndose al segundo la construcción del primer

“en el aprecio a la imagen, trasunto en cierto modo de la persona, se simboliza el afecto sentido por la persona misma”.

²⁷⁴ BEVERLEY-SMITH (2002), p. 3. Este autor menciona un caso inglés recogido en 1843 por el *Edinburgh Review* en el que para los anuncios de unas pastillas se utilizaron, entre otros, los rostros de diez duques, cinco marqueses, diecisiete condes, dieciséis señores (*lords*) y varios religiosos.

²⁷⁵ Sobre el término fonógrafo o gramófono, parece que el primero fue el acuñado por EDISON en 1877 para bautizar a su aparato, pues llamaba a sus registros “fonogramas” (“voz escrita”, del griego *phoné*, voz, y *graphein*, escribir). Visto que el genial inventor reclamaba para sí en sus derechos exclusivos sobre dicho nombre, el también

aparato. En palabras de CROS “El señor EDISON ha sido [...] el primero que ha reproducido la voz humana. Ha llevado a cabo algo admirable”²⁷⁶.

Al principio el invento era considerado, incluso por parte de sus creadores, como algo “poco más que un juguete”, o como mucho un aparato para uso de oficina. Quizá por esta razón, los músicos tardaron en reconocer el valor del fonógrafo, situación que cambia cuando a principios del s. XX cantantes permitieron que se grabasen sus voces. Así, el tenor italiano Enrico Caruso (protagonista de un caso que más adelante comentaremos²⁷⁷) hizo sus primeras grabaciones en 1902, el inglés Charles Santley en 1904, o la australiana Nellie Melba en 1905²⁷⁸.

La posibilidad de que se pueda fijar la voz parece que no pasó desapercibida para uno de los juristas alemanes a los que se atribuyó la formulación de la categoría específica de derechos de la personalidad. Estamos hablando de KARL VON GAREIS (1844-1923), quien decía sobre la categoría que “la serie de estos pretendidos derechos no está cerrada aún, pues se habla de un derecho a la propia voz”²⁷⁹. Habrá que esperar casi un siglo para que un jurista francés, IVAINER, escriba en 1966 un artículo cuyo título era “Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé”, y sugiera, seguramente influenciado

inventor BERLINER, quien mejoró el aparato, lo denominó “gramófono” (que parece ser una inversión de “fonógrafo”). SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 600, (*Voz “gramófono (o fonógrafo)”*, *Diccionario Oxford de la música*).

²⁷⁶ SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 595, reproduciendo un curioso extracto de *The Musical Times* de noviembre de 1887, en el que hablando del nuevo invento de EDISON se preguntaban: “¿Querrán los cantantes y ejecutantes cantar y tocar ante el “receptor”, y enviar ejemplos de su habilidad por encargo por todo el mundo? ¿Harán Rubinstein o el pequeño Hofmann giras mundiales por fonógrafo, tranquilamente sentados en su casa mientras preparan nuevos ejemplares y en tanto sus agentes van viajando y exhibiéndolos? (...)” y posteriormente en 1898: “En respuesta a su pregunta sobre el nuevo fonógrafo de EDISON, podemos decirle por experiencia personal que es un instrumento realmente maravilloso (...)”.

²⁷⁷ *Vid.* ap. 2.1.1., cap. III.

²⁷⁸ SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 598.

²⁷⁹ Recogido por FRANCESCO FERRARA en su *Trattato di Diritto civile italiano de 1921*, y citado por RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 74.

por lo discutido en el seno de la comisión de reforma del *Code*, que se completase el art. 162 del anteproyecto de reforma –según el cual toda persona podía prohibir la publicación, la exposición o la utilización de su imagen – añadiéndose análoga protección para la voz: que toda persona pudiese prohibir, también “la grabación o el uso de su voz”²⁸⁰.

6.2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS DE IMAGEN EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

En este apartado realizaremos un breve barrido por las primeras y más significativas sentencias que afloran en los tribunales franceses, italianos, alemanes y estadounidenses relativas, en su mayoría, a un primigenio derecho a la propia imagen.

6.2.1. Del “caso Rachel” al “caso Sara Bernhardt”

Comenzando por Francia, el caso Rachel, de 1858, es el que se ha considerado tradicionalmente que da nacimiento al derecho a la propia imagen²⁸¹. En este, la famosa actriz francesa de la época Elisabeth Fénix (*Rachel*) fue retratada en su lecho de muerte mediante un dibujo a lápiz realizado, a petición de sus familiares, por un fotógrafo, y cuyo único fin era preservar el dibujo como memoria privada de la familia. Cuando posteriormente apareció el retrato en un periódico, la familia lo demandó y el Tribunal civil de la Seine sentenció a favor de la familia, argumentando que nadie podía reproducir y distribuir públicamente los rasgos de una persona en su lecho de muerte sin el expreso consentimiento de los familiares, independientemente de que la retratada hubiese sido famosa y de que en vida hubiese hecho públicos muchos de sus actos. Declaró como absoluto el derecho a oponerse a la reproducción, derecho que tenía su fundamento en el respeto al dolor

²⁸⁰ IVAINER (1966), p. 95.

²⁸¹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 147, considera el *Caso Rachel* como el germen del derecho a la propia imagen en Francia. Pero lo cierto es que, como veremos, no encontramos otro caso anterior ni en los países vecinos ni en EEUU, por lo que podemos extender este nacimiento al resto de países.

de la familia, que en caso contrario vería vulnerados sus sentimientos más íntimos²⁸².

En febrero de 1882 este mismo tribunal decide sobre otro caso²⁸³ cuyo protagonista es el hijo (de mismo nombre) del conocido dramaturgo Alejandro Dumas²⁸⁴. Alejandro Dumas Jr. fue representado en una acuarela del pintor Jacquet, parece ser que, a modo de represalia, con un caftán en un bazar oriental, obra que expuso con el título “Mercader judío” en la exposición de los acuarelistas. Tras generarse un gran escándalo se retiró la acuarela de la exposición, y finalmente el tribunal dictaminó que la reclamación estaba justificada por cuanto el pintor, “obedeciendo a un resentimiento personal”, había manifiestamente denigrado a Alejandro Dumas Jr., socavando su consideración, por lo que condena al acuarelista al pago de los costes del procedimiento y del secuestro de la acuarela. VAUNOIS, comentarista de esta sentencia, se muestra crítico con ella al considerar inadmisibles las tesis que permite a cualquiera, en todo caso, impedir la

²⁸² Tribunal civil de la Seine, de 16/6/1858, *Caso Rachel*, Dalloz, 1858, 3ª parte, p. 62. En los comentarios a la sentencia, se ve como cuestión muy delicada saber si la imagen de una persona puede ser clasificada como “una de las cosas que están en el comercio”. Se percatan de que hasta entonces solo habían estudiado al fotógrafo como receptor de beneficios, sin preguntarse por el alcance del derecho a reproducir los rasgos de una persona (“*et à quelles conditions peut être exercé le droit de reproduire les traits d’une personne*”). No obstante, no siguen analizando este aspecto “comercial”, sino que el breve comentario se centra en el derecho que tienen los personajes famosos, así como sus familiares, de guardar para sí los aspectos privados e íntimos.

²⁸³ Tribunal civil de la Seine, 20/6/1884, *Annales de la propriété industrielle*, 1888, 281-286. Caso *acuarela de Alejandro Dumas*. Otro caso similar en el que se ordenará la retirada de unas fotografías, en este caso del actor M. Romain, es el decidido en la Court d’appel Paris 8/7/1887, *Annales de la propriété industrielle*, 1888, pp. 287-289, en el que el tribunal pondera “el interés profesional” (las fotografías fueron tomadas por el director del teatro con fines publicitarios de la obra) frente al “interés privado” del intérprete. La corte estima que deben distinguirse aquellas fotografías que fueron tomadas en grupo, de aquellas otras en las que aparece solo el actor Romain, siendo estas últimas las únicas que pueden retirarse si Romain considera que le perjudican.

²⁸⁴ De hecho, Alejandro Dumas (padre) ya había protagonizado otro caso de derechos de imagen resuelto en apelación por la Corte de Paris el 21/5/1867, recogido en COUHIN (1898), pp. 49 y 50, nota a pie 28.

reproducción de un retrato. Este autor entiende que hay que aplicar un principio de salvaguarda de los derechos “de la historia, de los hechos diversos, de la discusión, y de la crítica”, ya sea artística o literaria, para “reconciliar la libertad del arte con el respeto debido a la personalidad humana”. Se pregunta si, en términos absolutos (como hace el tribunal con el *caso Dumas*) toda persona tiene el derecho a oponerse, en todo caso, a la exhibición pública de su retrato, e incluso a retirar un consentimiento anteriormente dado. Finalmente se decanta por opciones menos drásticas (menos “absolutas”), apoyándose en supuestos jurisprudenciales de la época que, por ejemplo, no autorizaron a que los familiares de un fallecido impidiesen la exposición de retratos fotográficos del difunto, al haber prestado en vida su consentimiento para su realización, por lo que este no podía ser revocado²⁸⁵.

Más conocido es el caso de Sarah Bernhardt²⁸⁶, famosa actriz de la época que había dado permiso para que un conocido perfumero comercializase una fragancia bajo su nombre y con su retrato en el envoltorio. Otro comerciante de perfumes procedió de igual modo, pero sin el permiso de la artista. Curiosamente, no es ella la que planteó la demanda, sino el perfumero autorizado. Tanto en primera instancia como en apelación²⁸⁷ se desestima la petición sobre la base de que solo la actriz y el autor de la fotografía estarían legitimados para demandar. Además, también se argumenta que el perfumero no tendría la titularidad exclusiva ni del nombre ni de la fotografía (Sarah había “aceptado con gran placer ser la madrina de ese perfume maravilloso”,

²⁸⁵ VAUNOIS (1888), pp. 283-286.

²⁸⁶ Tribunal comm. Seine 8/6/1886, *Annales de la propriété industrielle*, 1894, pp. 349-353. Caso *Sara Bernhardt*.

²⁸⁷ La Corte de apelación de París solo añade a la sentencia de instancia que el nombre no es susceptible de cesión solo desde el punto de vista del estado de las personas, pero no desde el uso industrial o comercial, donde sí puede haber cesión: “*La Cour, considérant que si le nom patronymique est de son essence incessible, ce n’est qu’en tant qu’il est pris comme designation individuelle u point de vue de l’état des ersonnes, mais qu’il peut être cédé, en dehors de toutes questions d’état, au point de vue de l’usage industriel ou commercial qui peut en être fait*”. Caso *Sara Bernhardt*, p. 354.

pero nada se decía sobre que no podía ceder su nombre e imagen a otros)²⁸⁸.

En posteriores sentencias se reitera, por un lado, que el fotógrafo, aunque es propietario de sus fotografías, no puede hacer uso de ellas salvo autorización formal de la persona cuyos rasgos se reproducen, y por otro que una empresa que quiera hacer uso de unas fotografías debe contar con ambos consentimientos, el del retratado y el del fotógrafo²⁸⁹.

Por otra parte, las condenas en estos casos no solo preveían una indemnización de daños y perjuicios, sino que se aproximan mucho a los remedios contemplados en la actualidad. Buen ejemplo de ello es el caso de la *Duquesa d'Uzès*²⁹⁰ de 1900, en el que tras la publicación de unas fotografías satíricas de la duquesa, se condena a los infractores al pago de 5000 francos por daños (con sus intereses), a la prohibición de continuar con la venta del suplemento en el que se contenían las fotografías, a la multa de 20 francos por número y por cada una de las primeras 30 infracciones encontradas, a la incautación de cualquier copia de la revista que contenga las fotografías y a la inserción de la sentencia en diez periódicos a elección del demandante (cuyo coste no puede exceder, cada uno, de 200 francos). Así, tenemos aquí la mayoría de los remedios que perduran hoy en día: indemnización de los daños y perjuicios, orden de que cese de la conducta ilícita, incautación del medio por el que se llevó a cabo la intromisión y publicidad de la sentencia. Y, a mayores, una multa que podría entenderse como una suerte de compensación punitiva²⁹¹, que hoy podría tener cierto encaje

²⁸⁸ “*Mais c’est une merveille, cette poudre, cher M. Reverchon; j’accepte avec grand Plaisir d’en être la marraine*”. p. 351.

²⁸⁹ Así, en Tribunal civil de la Seine 30/4/1896, *Dalloz*, 1896, 2, 376, en un caso de fotografías realizadas en un salón, se dice que la persona tiene derecho, en caso de exposición pública de su fotografía, a solicitar su destrucción y los daños e intereses por el perjuicio que le ha causado, si no le dio permiso al fotógrafo para exponer la imagen o si se ha otorgado solo bajo ciertas condiciones que no se han cumplido.

²⁹⁰ *Cour d’appel* Paris 26/7/1900, *Annales de la propriété industrielle*, 1902, 174-179

²⁹¹ Sobre esta terminología *vid.* OTERO CRESPO (2012), p. 287, quien ve más apropiado hablar de “compensaciones punitivas” o “indemnizaciones sancionatorias” que de “daños punitivos”, pues este último vocablo es una traducción imperfecta del

en el articulado de la Ley orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982)²⁹².

6.2.2. Casos italianos

Por su parte, en Italia también se dieron casos similares a los comentados a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX²⁹³. En uno de ellos se comercializaron postales con la imagen de una conocida cantante sin su consentimiento, sentenciando el tribunal que es un acto ilícito, que causa un daño a la artista ya que la persona posee “*la libera ed esclusiva disposizione del proprio aspetto*”²⁹⁴. Y en otros tres se trató de imágenes de menores cuyo uso devino ilícito, sentenciándose en uno la responsabilidad extracontractual de un fotógrafo por la publicación de la imagen de una menor modelo desnuda²⁹⁵, en otro la ilicitud de la explotación de la imagen de un menor para el anuncio de unas pastillas contra el dolor de estómago²⁹⁶, y curiosamente en el último la validez del consentimiento de una menor para que su imagen “*in posa invereconda*” fuera utilizada en unas postales, no se estimó necesario el consentimiento del titular de la patria potestad²⁹⁷.

6.2.3. El “caso del pisapapeles” y el de “Otto von Bismark”

En Alemania uno de los primeros litigios conocidos fue el decidido por el *Reichsgericht* en 1898, un caso decidido en el orden penal en el que una mujer fue fotografiada, a escondidas, cuando estaba con ropa de baño. Las fotografías fueron utilizadas en unos pisapapeles destinados a la venta y, tras la denuncia de la mujer, el tribunal dispuso

concepto anglosajón “*punitive damages*”, ya que “*damages*” se refiere a la cantidad reclamada como compensación de una pérdida o una lesión, no al daño en sí.

²⁹² Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14/05/1982.

²⁹³ Recogidas por VENDRELL CERVANTES (2014), p. 50.

²⁹⁴ Trib. Civ. De Milano 27 de mayo de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, pp. 713-716.

²⁹⁵ Aud. Prov. De Torino 3 de marzo de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, pp. 716-719.

²⁹⁶ Trib. Civil de Roma 23 de diciembre de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, pp. 75-78.

²⁹⁷ App. Milano 26 de julio de 1904, *Giurisprudenza italiana*, 1905, II, pp. 231-240.

que los hechos eran constitutivos de un delito de difamación porque los potenciales compradores del pisapapeles asumirían que la mujer había posado voluntariamente para las fotografías²⁹⁸.

Un año después, nos encontramos con otra resolución del mismo *Reichsgericht* que sentaría las bases para el reconocimiento de un derecho a la propia imagen, y cuyo protagonista es el ex-canciller alemán Otto von Bismark²⁹⁹. Fallecido este y cuando todavía yacía su cadáver en una habitación, dos fotógrafos entraron ilícitamente y realizaron varias fotografías del cuerpo. Los herederos del político demandaron a los fotógrafos para que se destruyesen las fotografías, a lo que accede el tribunal, sentenciando que todo beneficio obtenido por los infractores como consecuencia de la entrada ilícita en la casa en donde yacía el cuerpo debía ser devuelto al dueño de la casa. Los comentaristas de la época, si bien celebraron el resultado del fallo, tildaron de incorrecta su fundamentación, ya que el tribunal se centró en el delito principal, sobre la inviolabilidad del domicilio y las consecuencias derivadas de ello, pero no sobre el objeto principal del caso, “la discreción, la confidencialidad y la facultad de poder evitar que se conozcan por todos” esas fotografías³⁰⁰. Según esta doctrina alemana, las fotografías representan los derechos de la personalidad del retratado, su individualidad, por lo que el objeto protegido debe ser este derecho individual, pues su titular puede exigir que este no quede en posesión de otro y que no se publique³⁰¹.

²⁹⁸ *RGSt* 29/11/1898, caso recogido por GÖTTING (1995), p. 18, nota 30.

²⁹⁹ *RGZ* 28/12/1899, recogida y comentada en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Zeitschrift*, 1900, pp. 206-210.

³⁰⁰ Así lo expresa KOHLER (1900), p. 209, en los comentarios a la sentencia. También lo recoge GÖTTING (1995), p. 19.

³⁰¹ KOHLER (1900), p. 210: “(...) *Die Platten enthalten allerdings ein ideelles Bild, das von den realen Bildern verschieden ist; an diesem Bild aber hat die Individualität, und hier der Hinderbliebene ein Persönlichkeitsrecht: er kann daher verlangen, dass das Bild nicht im Besitz eines Anderen bleibe, er kann verlangen, dass es nichtveröffentlicht wird. (...) er ist ein Anspruch auf Nichtverwenden, Nichtbenützen, also ähnlich der action negatoria und trifft, wie diese, jeden Besitzer und Eigner der Sache, den die Sache ist mit dem Individualrecht belastet*”.

6.2.4. Del “caso Marion Manola” al “caso Pavesich”

Finalmente, en el Derecho anglosajón también encontramos varios litigios sobre vulneración de los derechos de imagen entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. En 1890 el caso de *Marion Manola*, famosa actriz de la época, fue conocido en todo EEUU. Ella se había negado a que le realizasen fotografías durante una función –una ópera cómica en la que era la protagonista– por aparecer vestida con ropa ligera y medias, y aunque hizo público este deseo, durante una función se apreciaron varios *flashes*. Demandada la compañía, y aunque las fotografías nunca salieron a la luz, el tribunal de Nueva York dictó un *preliminary injunction*³⁰² contra el uso de las mismas³⁰³.

Tres años más tarde otro tribunal neoyorkino dejó sentado, en un caso que incumbía a otro actor de la época, Rudolph Marks, que ningún periódico o institución tenía el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para ese propósito sin su consentimiento– en este caso su fotografía se había publicado para compararlo con otro actor y analizar la popularidad que ostentaba el primero–. Todo ello sobre la base de que todo individuo merece que se proteja su persona “al igual que se protege su propiedad”, pues el significado del derecho a la vida también incluye “el privilegio de disfrutarla sin publicidades”³⁰⁴.

En 1902, la Corte de Apelaciones de Nueva York tuvo que decidir sobre un caso, *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*³⁰⁵ en el que el rostro de la “joven y atractiva” Abigail Roberson había sido utilizado

³⁰² El término anglosajón *preliminary injunction* se refiere a una suerte de medida cautelar que establece el tribunal para mantener el *status quo* de lo decidido durante el procedimiento.

³⁰³ *Marion Manola v. Stevens & Myers*, N.Y. Supreme Court, “*New York Times*” of June 15, 18, 21, 1890, citada así por WARREN / BRANDEIS (1890), p. 195, nota 7.

³⁰⁴ *Marks v. Jaffa*, 26 N.Y.S. 908 (Sup.Ct.1898): “No newspaper or institution, no matter how worthy, has the right to use the name or picture of any one for such a purpose without his consent. An individual is entitled to protection in person as well as property, and now the right to life has come to mean the privilege to enjoy life without the publicity or annoyance of a lottery contest waged without authority, on the result of which is made to depend, in public estimation at least, the worth of private character or value of ability”.

³⁰⁵ *Roberson v. Rochester Folding Bo Co.*, 65 NYS 1109.

sin su consentimiento para protagonizar un anuncio de harina, con el lema “Harina de la familia” (“*Flour of the Family*”) que había tenido alcance tanto local (lo que más daño hizo a Abigail, ya que la reconocieron sus allegados) como internacional. Ello le generó crisis nerviosas que requirieron de tratamiento, y solicitó en la demanda 15.000 dólares por los daños sufridos y la prohibición de que se continuase utilizando su imagen en la publicidad. El tribunal dictaminó que su imagen, “debido a su belleza”, tenía un gran valor como marca o como recurso publicitario, por lo que constituía “un derecho de propiedad que solo a ella pertenecía”, pero finalmente decidió, por cuatro votos frente a tres, que el “*Right to privacy*” todavía no tenía acomodo en la jurisprudencia norteamericana, pues preocupaban los cotos que podía suponer a la libertad de expresión. La resolución no tuvo buena acogida entre el público general³⁰⁶, e incluso generó que uno de los jueces del tribunal escribiese meses más tarde un artículo doctrinal en el que se defendía de la opinión popular³⁰⁷.

Si bien el anterior caso no reconoció un derecho a la privacidad, ya había un gran consenso sobre la necesidad de tal derecho, por lo que dos años más tarde se aprobó, en el Estado de Nueva York, la primera ley que prohibía el uso del nombre o imagen de un individuo con fines

³⁰⁶ Numerosas críticas de la sentencia aparecieron en el *New York Times*, *Harper's Weekly* y otros periódicos.

³⁰⁷ El juez fue Denis O'Brien, quien escribió “The Right of Privacy” en el *Columbia Law Review* de Noviembre de 1902, opinando en la p. 438 que cuando “un periódico [*The New York Times*] generalmente tan justo y razonable en las discusiones sobre cuestiones públicas, daba una idea tan desafortunada de lo que realmente decía la sentencia, a la vez de errónea (...) se debía aceptar que el periodismo no siempre era una guía segura (...) para analizar el alcance y efecto de las decisiones judiciales”. Lo cierto es que la opinión tanto de este juez como del ponente resultan un tanto hipócritas, sobre todo la de este último, pues un año después de dictada la sentencia, y con motivo de su presentación como candidato a la presidencia, emitió un comunicado a la prensa diciendo que no iba a tolerar fotografías y periodistas omnipresentes que captasen cualquier momento de su vida o de la de su familia, a lo que Abigail Roberson respondió en una carta al *New York Times* titulada “Paker Taken to Task by an Indignant Woman – If I Can Be Photographed, Why Not You? Ask Miss Roberson”, 27 July 1904, recogido por LAKE (2016), p. 66, nota 74.

comerciales o publicitarios³⁰⁸ la primera decisión en reconocerlo no se hizo esperar: en 1905 el Tribunal Supremo de Georgia decidió sobre el caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, que alejándose del anterior pronunciamiento – en el que los argumentos habían girado en torno a una concepción de la privacidad como “modestia femenina” – se basó en que el *Right to Privacy* era derecho natural que quedaba protegido por las Constituciones de Georgia y de los EEUU en sus preceptos sobre libertad individual³⁰⁹

6.3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE IMAGEN EN CLAVE DE GÉNERO

No podemos dejar de hacer notar que un porcentaje muy alto de los primeros casos en los que se aprecian intromisiones ilegítimas en los derechos de imagen tienen como protagonistas a las mujeres, blanco prioritario de las nuevas cámaras fotográficas. Esto será una constante tanto en Francia, primer país del que tenemos constancia de un caso de derechos de imagen, como en Italia y Alemania, con varios casos conocidos y, notablemente, en Estados Unidos. De hecho, en los anuncios de aquella época de una conocida marca de cámaras fotográficas se reforzaba la idea de masculinidad de los fotógrafos mostrando a hombres cazando o viajando, a menudo mediante analogías entre los disparos de un arma y los de una cámara³¹⁰. Otra empresa fotográfica anunciaba una nueva patente de cámaras “detectivescas” –en las que la imagen tomada correspondía a los sujetos situados en el ángulo derecho a donde aparentemente apuntaba la cámara, y no al frente como sería de suponer–, con la representación de

³⁰⁸ *NY Laws Ch 132*, arts. 1-2 (1903), que después se convirtió en la *NY Civil Rights Law* arts. 50-51.

³⁰⁹ LAKE (2016), p. 71, sobre el caso *Pavesich*, 50 SE 68 (Ga 1905).

³¹⁰ En 1889, en un artículo de *The New York Times*, se describía a los fotógrafos amateurs como “jóvenes caballeros de las cámaras” que salían con “pequeñas cajas color teja sobre sus hombros” para capturar imágenes de “chicas guapas”. En caso de que la mujer se opusiese a la captura de su imagen, el joven caballero “podría esforzarse por conseguir la toma cuando ella se despistase”. LAKE (2016), pp. 33-34. La autora recoge el artículo publicado en la edición de *The New York Times* de 15 de junio de 1889, en su página 8.

un fotógrafo (hombre), y dos mujeres situadas en el ángulo dichoso, que no se percataban de que estaban siendo fotografiadas³¹¹.

Este y otros ejemplos sirven de base en el Derecho estadounidense para explicar, por parte de un sector doctrinal³¹², el nacimiento del *Right to Privacy* (en cuyo concepto se engloban también los derechos de imagen) en clave de género, como mecanismo de protección de las imágenes de las mujeres³¹³. En este sentido, la doctrina postula que, aunque WARREN y BRANDEIS³¹⁴ no consideraron el tema como algo femenino, los debates que les llevaron a escribir su famoso artículo "*The Right to Privacy*" eran sobre cómo proteger a las "señoritas" que eran fotografiadas sin su consentimiento. Incluso llegó el tema, en 1885, a tocar a la Primera Dama de entonces, pues tras la celebración de su matrimonio con el presidente de EEUU, su imagen comenzó a aparecer en todo tipo de anuncios publicitarios, desde jabones hasta tabaco y pianos. Ello generó que se tratase de aprobar una ley, "*A Bill to Protect Ladies*", que prohibiese utilizar las imágenes de las mujeres sin su consentimiento en los anuncios³¹⁵. En el preámbulo de la ley se decía que el propósito de la misma era prohibir el uso de la imagen de mujeres con fines propagandísticos por ser las esposas, hijas, madres o hermanas de ciudadanos americanos, y quien lo hiciese incurriría en falta grave y debería pagar una multa de entre \$500 y \$5000. Nótese que se

³¹¹ Anuncio de Folmer & Schwing *Deceptive Angle Camera* ("cámara de ángulo engañoso"), de 1904, recogido por ROTHMAN (2018 A), p. 14, quien lo reproduce por cortesía de *The George Eastman Museum*.

³¹² No obstante, ROTHMAN (2018 A), p. 190, nota 12, aun citando la doctrina expuesta por LAKE, entiende que también los hombres impulsaron el reconocimiento de este derecho, si bien admite que la naturaleza de las intromisiones que alegaban eran frecuentemente por daños a sus intereses profesionales y económicos.

³¹³ ALLEN / MACK (1990), pp. 441-478; LAKE (2019), pp. 119-153.

³¹⁴ Samuel WARREN y Louis BRANDEIS fueron dos abogados y juristas norteamericanos que publicaron en diciembre de 1890, en la *Harvard Law Review*, el artículo "The Right to Privacy" y que devino fundamental para que se empezase a reconocer este derecho en los tribunales norteamericanos. El primero fue el Tribunal de apelación de Nueva York en 1895, para proteger a las personas de los usos no consentidos de sus nombres e imágenes.

³¹⁵ "*A Bill to Protect Ladies*", HR 8151, 50th Congress (1888). Posteriormente este proyecto tuvo reflejo en las leyes que contemplaron las apropiaciones de nombre e imagen, la primera de ellas en Nueva York en 1903. *Vid.* LAKE (2016), p. 46.

supeditaba la protección a ser las “esposas de”, “hijas de”, etc., claro ejemplo de que las mujeres no eran ciudadanas de pleno Derecho, pero se las protegía en tanto que estuviesen sometidas a un varón, lo que lleva también a la conclusión de que el objetivo no era solo proteger la imagen de la mujer, sino más bien la reputación u honor del hombre con quien tenían un vínculo familiar.

Finalmente, y debido a la oposición de los fotógrafos (en su mayoría, hombres), nunca llegó a aprobarse la ley³¹⁶. Pero poco después, en 1902, la Corte de Apelaciones de Nueva York tuvo que decidir sobre el ya comentado caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*³¹⁷, en el que, si bien la joven no consiguió que se le reconociese ningún derecho, el caso sí favoreció a que se aprobasen las primeras leyes de EEUU sobre protección de la privacidad. Según LAKE, las mujeres como Abigail Roberson empezaron a usar el concepto de *Right to Privacy* como instrumento para cuestionar las prerrogativas masculinas de los derechos de *copyright*, argumentando que el valor contenido en un “bonito retrato” estaba tanto en el rostro de la persona como en el papel sobre el que se imprimía. Así, dice la autora que el *Right to Privacy* se entiende mejor como parte de la lucha de las mujeres por alcanzar los derechos ciudadanos al comienzo del s. XX³¹⁸.

³¹⁶ Aunque como remarca ROTHMAN (2018 A), p. 18, las mujeres continuaron su lucha por la protección legal contra usos in consentidos de sus imágenes, y en 1899 se reconoció a un club de mujeres del Estado de Illinois el haber comenzado una guerra incansable contra estas intromisiones en sus derechos de imagen; en un congreso federal de estas agrupaciones se opusieron al uso del rostro de las mujeres como “riqueza de los anunciantes” y pidieron que se prohibiese todo uso del rostro en publicidad, fuese de manera sugerente, inmoral o inmodesta (“*face, form, or any portion of the figure of woman for advertising purposes, in either suggestive or an immodest or immoral manner*”).

³¹⁷ *Roberson v. Rochester Folding Bo Co.*, 65 NYS 1109.

³¹⁸ LAKE (2016), pp. 57-69.

6.4. LA DOCTRINA PRECURSORA EN LA FORMULACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

6.4.1. PUCHTA vs. SAVIGNY

Los autores que más contribuirán a la formulación de la nueva categoría serán GAREIS, VON GIERKE y KOHLER, juristas alemanes de finales del siglo XIX³¹⁹. No obstante, los cimientos se habían puesto ya a comienzos de siglo. Así, PUCHTA (1798-1846) consideró en su *Cursus der Institutionen* que las personas podían ser objeto de derechos³²⁰. Tenían una naturaleza diferente, si bien análoga, a los derechos que se predicaban sobre las cosas, pero debido a su concepción del derecho como poder de la voluntad sobre un objeto, no verá problema en que la voluntad se dirija inmediatamente a lo propio, a la persona. En consecuencia, dirá que existe un derecho sobre la propia persona, un derecho sobre la personalidad (*Personlichkeitrecht*)³²¹.

Pero esta teoría encontrará en el propio país alemán un fuerte rechazo por parte de otro sector doctrinal, encabezado nada menos que por el renombrado jurista SAVIGNY (1779-1861), quien rebatirá la idea de la existencia de los derechos originarios o de la personalidad. SAVIGNY llegará a esta conclusión tras analizar los tres objetos

³¹⁹ GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 597, señala que la noción y caracteres de los derechos de la personalidad comienzan a interesar tempranamente en Alemania con los trabajos de estos tres juristas y en Francia, desde donde se extiende a otros países de tradición continental como Italia y España. También VENDRELL CERVANTES (2014), p. 49, sitúa el origen histórico de la teoría de los derechos de la personalidad en las sucesivas clasificaciones de los derechos sobre los bienes inmateriales de finales del siglo XIX realizadas por los juristas alemanes GAREIS, VON GIERKE y KOHLER. Por lo tanto, este autor rechaza que los orígenes de esta teoría estén en la transposición privatista de las inquietudes personalistas y publicistas de la teoría de los derechos humanos.

³²⁰ La versión consultada es la de 1875, editada por PAUL BRÜGER, octava edición de la obra de PUCHTA de 1841. Resulta curioso que sea justamente PUCHTA, el más importante discípulo de SAVIGNY y con el que comparte muchas de sus ideas sobre el Derecho, quien formule esta categoría, a la que SAVIGNY se opondrá.

³²¹ PUCHTA (1875), pp. 48-49: “*Der erste Gegenstand für die rechtliche Macht sind die körperlichen Dinge ausser dem Menschen, zu deren Beherrschung der Mensch durch den älteren Rechtsausspruch berufen ist*” “*Der zweite Gegenstand der Rechte sind die Personen. Die Rechte an Personen haben durch ihren Gegenstand eine andere Natura als die Rechte an Sachen (...)*”.

principales que, en principio, podrían ser dominio de la voluntad: la propia persona, la naturaleza no libre y las personas ajenas. Sobre el primero de ellos, la propia persona, dice que varios autores han defendido que el hombre tiene un derecho sobre sí mismo, que nace con él y no cesa mientras vive; serían los “derechos primitivos y fundamentales” (en contraposición con los “derechos adquiridos”)³²².

Pero esta tesis la califica de errónea, en primer lugar, porque si bien existe un poder natural sobre nosotros mismos, base del resto de derechos, este no tiene la necesidad de ser reconocido y definido por el Derecho positivo. En segundo lugar, porque los derechos que tanto en el Derecho penal como en el Derecho civil (nombradamente aquellos que tienden hacia la protección del honor contra ataques, o contra el dolo y la coacción), se dirigen a asegurar la integridad personal, no es que estén desarrollando este “poder” sobre la integridad, sino que son “instituciones jurídicas positivas, cuyo contenido especial es por completo diferente de aquella integridad”, y configurarlos como derechos sobre la propia persona “solo oscurece su verdadera naturaleza”. En definitiva, para este autor la idea de un “derecho sobre uno mismo” carecerá de objeto externo y concluirá que se deben eliminar los llamados derechos primitivos y fundamentales por completo, reconociendo los derechos adquiridos “como los únicos de los cuales nuestra investigación seguirá ocupándose”³²³.

³²² SAVIGNY (1840), traducida al español por GOLDSCHMIDT (1949), pp. 186-187, cita a PUCHTA, del que critica, por una parte, que la capacidad jurídica esté comprendida en la personalidad (“cuando debería ser elemento de todos los derechos”), y por otra que no aparezca por ninguna parte el derecho sobre los propios miembros, ya que debería ser el primer derecho reconocido en caso de admitirse esta categoría, cuestión que según SAVIGNY denota “la arbitrariedad en la configuración de la primera clase de derechos [derechos sobre el propio cuerpo]”. También cita a DONELLUS como autor que acepta dos clases de *nostrum*: *in persona cujusque* e *in rebus externis*, figurando en la primera los bienes de la vida, la integridad corporal, la libertad y la propia estimación. En cambio, nombra a HEGEL, en concreto su obra *Derecho Natural*, como defensor de su postura, donde en el parágrafo 70 se expresa en contra del derecho sobre la propia persona, alegando principalmente “la inevitable consecuencia de un derecho al suicidio”.

³²³ SAVIGNY (1840), traducida al español por GOLDSCHMIDT (1949), pp. 185-186.

Lo que sí debemos a SAVIGNY es un profundo y meticuloso estudio de la capacidad de las personas, y su concepción de la persona como sujeto de las relaciones jurídicas. Dirá que lo que puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, es precisamente el derecho positivo³²⁴.

6.4.2. GAREIS, GIERKE y KOHLER

Las ideas de SAVIGNY calarán hondo y evitarán que el Código civil alemán regule, en su primera edición de 1900, nada relacionado con esta categoría. Pero ello no impidió que otros grandes civilistas formularan con rigor una categoría que respondiese a las demandas de la sociedad, especialmente en aquellos casos que comenzaban a llegar inevitablemente a los tribunales. Así, GAREIS ideará la categoría de derechos individuales (*Individualrechte*), y criticará que se confunda el concepto de capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*) con el de derechos de la personalidad (*Persönlichkeitsrechte*)³²⁵. Clasifica los *Individualrechte* en tres grupos. A saber: derechos dirigidos a proteger la existencia de la propia persona (derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de actuación); derechos destinados a proteger el reconocimiento del individuo (derecho al nombre, al nombre comercial, de marca y de protección del honor); y, por último, derechos que garantizan la autenticidad y el disfrute de los resultados de una actividad creativa (derechos de autor, derechos del inventor y derechos sobre modelos y diseños)³²⁶. Pero además, este autor admite sin lugar a dudas la disponibilidad de los derechos individuales: constituir negocios jurídicos sobre estos derechos e, incluso, su transmisión parcial o total, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, estando su negociabilidad solo limitada por el derecho positivo³²⁷.

Por su parte, GIERKE hablará ya del concepto de derechos de la personalidad (*Persönlichkeitsrechte*) como tal, definiéndolos como aquellos que atribuyen a su titular el señorío sobre los elementos de su

³²⁴ SAVIGNY (1879), p. 18.

³²⁵ GAREIS (1877), pp. 190-191.

³²⁶ Así lo recoge VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 51-52, siguiendo las clasificaciones de KLIPPER y LUCAS-SCHOLETTER.

³²⁷ RESTA (2005), p. 100.

propia esfera personal, y diferenciará algo que aún hoy pervive en el ordenamiento jurídico alemán, que es la distinción entre el derecho general de la personalidad y los derechos de la personalidad especiales.

GIERKE apostó decididamente por el reconocimiento de un derecho general de la personalidad³²⁸. Así, comenzaba el capítulo de su obra dedicado a estos derechos diciendo que “llamamos Derecho de la personalidad (*Persönlichkeitsrechte*) a aquel que garantiza a su sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de la personalidad. Con tal nombre se designan los derechos de la propia persona (*Rechte an der eignen Person*), y al destacar la especialidad de su objeto, se distinguen de todos los demás derechos³²⁹. Son diferentes, como derechos privados especiales, del Derecho general de la personalidad, que consiste en una reivindicación general garantizada por el ordenamiento jurídico. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que deben ser respetados por todos³³⁰. GIERKE enumera los caracteres de los derechos de la personalidad, diciendo que son derechos privados (*Privatrechte*); no patrimoniales (*Vermögensrechte*), aunque podrían adquirir determinados rasgos patrimoniales; y son personalísimos (*höchstpersönliche Rechte*), por lo que por lo general son intransmisibles (*unübertragbar*) aunque hay veces que podrán transmitirse parcial o totalmente, incluso *mortis causa*³³¹.

De KOHLER merece destacarse su distinción entre derechos sobre bienes inmateriales (*Immaterialgüterrechte*), similares al derecho de propiedad y entre los cuales situaba a los derechos de autor y sobre las invenciones; y por otro lado a los derechos individuales (*Individualrechte*), donde situaría los derechos de la personalidad sobre los bienes vitales y morales, incluyendo la integridad física, la imagen,

³²⁸ HATTENHAUER (1987), p. 23, aun reconociendo la importancia del concepto de GIERKE, ve cierta confusión terminológica, pues dice que cuando se formuló tal concepto en 1895, el “entusiasmo por el derecho de la personalidad” de GIERKE fue tanto como su “oscuridad en el lenguaje”.

³²⁹ GIERKE (1936), p. 702. Hemos consultado la edición de BINDING / OETKER, siendo la edición original del año 1895.

³³⁰ GIERKE (1936), p. 703.

³³¹ GIERKE (1936), pp. 705-708.

la correspondencia epistolar y los derechos sobre los signos distintivos. Sobre este último grupo de derechos estableció un régimen dispositivo diferenciado del de los derechos sobre bienes inmateriales, pero que no impedía la posibilidad de constituir contratos sobre ellos, pues admite que se puedan conceder licencias de uso del nombre o la imagen³³².

Cabe destacar a un último autor alemán, HUGO KEYBNER, quien publicó en 1896 *Das recht am eigenen Bilde*, concibiendo así por primera vez la protección jurídica de la representación gráfica de la figura humana bajo un derecho subjetivo, el derecho a la propia imagen³³³.

6.4.3. COUHIN y PERREAU

Por otro lado, si bien en el resto de Europa la doctrina de finales de siglo no sistematizó y estudió con tanta profundidad los derechos de la personalidad, sí que encontramos algunas voces que se ocupan de ellos. La doctrina francesa de finales del siglo XIX se posicionaba en una línea similar a la jurisprudencia comentada anteriormente, aunque no había unanimidad a la hora de clasificar al derecho con una naturaleza u otra. Mientras que un sector se decantaba por entenderlo como un derecho de propiedad sobre la persona³³⁴, otro veía su origen en la noción de personalidad, en el derecho que toda persona tenía a que se respetase su personalidad³³⁵. El primer autor al que se atribuye haber empleado por vez primera la expresión “*droits de la personnalité*” es PERREAU, quien

³³² VENDRELL CERVANTES (2014), p. 53, citando a KOHLER.

³³³ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 54, quien señala además que KEYBNER se preocupó de la protección jurídica de la imagen de las personas famosas, concibiendo incluso la enajenación del derecho de reproducción sobre las mismas, lo que en opinión de VENDRELL nos indica que la comercialización de la imagen de determinadas personas notorias no es un fenómeno que haya sobrevenido al concepto de derechos de la personalidad, como muchas veces se quiere creer.

³³⁴ Así, COUHIN (1898), p. 43, defendiendo que la propiedad sobre la persona “es la primera de todas las propiedades”, derecho que entrañaría la facultad de impedir toda reproducción o representación de los rasgos de una persona, en especial de su imagen, sin su consentimiento.

³³⁵ En este sentido, VAUNOIS (1888), p. 284, para quien no se debían aplicar las reglas del art. 544 *Code civil* sobre propiedad, sino que debía basarse en el derecho que todo ser humano tiene a que se respete su personalidad. Y pone como ejemplo concreto de aplicación de este principio las leyes sobre difamación.

escribió un detallado artículo de igual título en 1909³³⁶, en el que fundamentalmente analiza la naturaleza de estos derechos, que concluye no es patrimonial, y las principales características: que son oponibles *erga omnes*, que no pueden ser valorados en dinero³³⁷, y que son inalienables, imprescriptibles y no transmisibles *mortis causa*³³⁸. Finalmente, critica que el legislador no haya suplido la enorme laguna del ordenamiento francés, por lo que espera que en los trabajos que se estaban llevando a cabo de revisión del *Code civil* se incluya, respecto de los derechos de la personalidad, al menos “*quelques principes généraux les plus nécessaires*”³³⁹. Pero como veremos más adelante, aunque a mediados de siglo se redacta un capítulo específico sobre estos derechos para su inclusión en el *Code*, se quedará en mero proyecto.

Así y todo, no podemos dejar de apuntar que la legislación francesa protegía en cierto modo los atributos de la personalidad. Respecto a la privacidad, se contemplaban en el ámbito penal los casos de allanamiento de morada o de violación del secreto de la correspondencia³⁴⁰. Las leyes sobre libertad de prensa, que empezaron a aparecer a mediados del s. XIX, también contribuyeron en cierta manera a la protección tanto de la vida privada como del honor, y además ayudaron a que se empezasen a considerar estas ofensas desde un punto de vista civil y no solo penal. Así, en Francia se aprobó en 1868 la *Loi Relative à la Presse*, de 11 de mayo, que disponía en su art. 11 que “toda publicación sobre la vida privada de alguien en un periódico se considerará como una ofensa sancionable con 500 francos”³⁴¹, previsión que los abogados norteamericanos WARREN y

³³⁶ PERREAU (1909), pp. 501-536.

³³⁷ La catalogación como derechos extrapatrimoniales se consolidó en Francia especialmente tras la publicación de la tesis de NERSON, titulada *Les droits extrapatrimoniaux*, en 1939, y que mantenía que no se trataba de verdaderos derechos subjetivos, ya que entendía que los bienes como el honor o la imagen solo se manifestaban una vez producida la lesión, pero no antes. Citado por BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 151.

³³⁸ PERREAU (1909), pp. 514-530.

³³⁹ PERREAU (1909), p. 536.

³⁴⁰ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 148.

³⁴¹ Art. 11: “*Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d’une amende de cinq cents francs. La*

BRANDEIS consideraron como la primera que estableció un derecho a la privacidad en Francia³⁴². Posteriormente, esta ley fue derogada por la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, y que sigue a día de hoy todavía vigente, que dispuso en su art. 29 la prohibición de “toda declaración o imputación de un hecho que ofenda el honor o la estima de aquel sobre quien recaiga tal hecho”, recogiendo así la figura de la difamación³⁴³.

Por otra parte, el resto de atributos de la personalidad como podían ser el nombre o la imagen quedaban protegidos en el derecho francés por los principios generales del derecho de daños, en especial por la cláusula general de responsabilidad civil por culpa del art. 1382 del *Code*, razón por la que la doctrina cree que no hubo necesidad de formular una especial categoría sobre los derechos de la personalidad³⁴⁴, pues la protección, como vimos al analizar los primeros casos sobre derechos de imagen de mediados y finales del siglo XIX, estaba garantizada.

6.5. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 Y LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

6.5.1. La ausencia de la categoría en el CC de 1889

A finales del s. XIX, comentaristas españoles de los códigos de la época hacían notar que, aunque en general el Derecho civil era “de carácter tradicional e histórico (...) [siendo] fácil ver en cada una de sus esferas el influjo decisivo de la legislación romana, de la germana o de

poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée. Ley francesa de la prensa, de 11 de mayo de 1868, accesible en https://books.google.es/books?id=3uLOmgEACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

³⁴² WARREN / BRANDEIS (1890), p. 214.

³⁴³ Art. 29: “*Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation (...)*”. Ley francesa de la libertad de prensa, de 29 de julio de 1881. Accesible en

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722>

³⁴⁴ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 150.

la canónica”, exceptuaban de este tradicionalismo el derecho de la personalidad, por haber unido su suerte a la del Derecho político. Entendían así el derecho de la personalidad como “un derecho nuevo, de la civilización moderna” mientras que todas las demás ramas del Derecho privado, como era el de familia, el de propiedad o el de obligaciones, conservaban un sentido tradicional. La explicación, decían que venía dada por la misma naturaleza del derecho de la personalidad: no era posible declarar libre al individuo como ciudadano si era “esclavo como hombre” en el ámbito privado. Así, los comentaristas estimaban que la libertad civil era la condición necesaria para la libertad política, razón por la cual el derecho de la personalidad tenía cabida en las Constituciones, que aunaban dos distintos elementos: por un lado, los derechos individuales, y por otro, la organización del poder³⁴⁵.

Esta concepción del derecho de la personalidad que, aunque inserta dentro del Derecho privado, tenía su desarrollo en los instrumentos de Derecho político, será la que predominará en nuestro país. Por ello, ni en el Código civil de 1889 habrá rastro de los derechos de la personalidad, ni en la doctrina académica española se elaborará una categoría similar a la surgida en Alemania por teóricos como GIERKE. Nuestro Código civil, al igual que todos los de corte napoleónico, será excesivamente patrimonial, lo que se aprecia por el hecho de que cinco sextas partes del mismo versan sobre la atribución y el tráfico de los bienes, y el único libro que se refiere a la persona, esta se considera solo como sujeto de derechos y obligaciones, olvidando la disciplina que estudia sus cualidades y derechos³⁴⁶.

Ello generó que los daños causados a los bienes personales quedasen sin indemnizar cuando la culpa o negligencia no fuesen penadas como delito o falta. La doctrina sobre los daños *ex delicto* y

³⁴⁵ AZCÁRATE (1881), pp. 4 y 5, en la “Introducción” al *Código civil de la República de Chile. Comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*.

³⁴⁶ Así lo entiende DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1974), pp. 131-132, aunque matiza que ello no significa que los atributos esenciales de la persona no queden reconocidos a lo largo del Código.

cuasi ex delicto era la que predominaba con anterioridad al Código³⁴⁷, de la que tanto los civilistas como la jurisprudencia civil se desentendían por considerarla propia del ámbito penal. Esta cuestión se traslada al art. 1092 del nuevo Código civil, disponiendo que “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal”³⁴⁸. Esta remisión se explica por la tardía codificación civil, que hizo que los Códigos penales anteriores a 1889 vieses necesario incluir una regulación provisional de la responsabilidad civil, y que debería haber desaparecido con la promulgación del Código civil. Pero en vez de ello, se optó por la remisión del art. 1092 CC, que lo único que hizo fue generar una dualidad de regulaciones que a día de hoy sigue sin tener justificación, pues el fundamento de la responsabilidad civil derivada de delito es el mismo que el de la responsabilidad regulada en los arts. 1902 a 1910 CC, y que no es otro que la existencia de un daño³⁴⁹.

Así, cuando la vulneración de un bien personal no caía dentro de la categoría de un delito o falta, la tónica general era la denegación de justicia. La protección de los intereses no patrimoniales seguía constituyendo una materia estrictamente penal, como se derivaba de las fuentes históricas, mientras que al otro lado de la balanza, en el orden civil, se situaban las prestaciones patrimoniales, a las que sí se concedían indemnizaciones pecuniarias³⁵⁰.

6.5.2. La STS de 6 de diciembre de 1912

Por fin, se dio un vuelco al sistema en 1912 que permitió indemnizar los daños derivados de la violación de derechos no patrimoniales. Fue la jurisprudencia la que vino a colmar la laguna con la famosa sentencia del TS de 6 de diciembre de 1912, en la que se condena a un periódico

³⁴⁷ Esta doctrina, dice DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1268, que derivaba de las ideas de los teólogos morales como SOTO y MOLINA.

³⁴⁸ En palabras de DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1268, “de este modo, la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en el Derecho privado, general, y quizá sin otra excepción que DONELLO, parecía haber triunfado en España”.

³⁴⁹ VERDERA SERVER (2016), p. 52.

³⁵⁰ MONTÉS PENADÉS (2009), pp. 1400-1401.

al pago de 150.000 pesetas por publicar una historia falsa que dañaba el honor de una mujer menor de edad. El tribunal declara que “la honra, el honor y la fama constituyen bienes sociales, cuyo daño, en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuanto significa «total expoliación de la dignidad personal, familiar y social» de quien es acreedora de la estimación pública”³⁵¹.

La dificultad primordial que se encontró el Tribunal a la hora de decidir sobre el caso fue la falta de un precepto legal en el que apoyar tal premisa. Por lo que bucea hasta las derogadas VII Partidas para considerar que lo dicho en la ley 21, título 9, partida VII (“Cualquier que resciba tuerto o deshonra, que pueda demandar al que le deshonre, enmienda en pecho de dineros”) contiene un principio general del Derecho que, como principio que es, sirve para interpretar y completar las leyes. Por último, el tribunal se pregunta sobre la valoración de este novedoso “daño inmaterial”, concluyendo que lo que más se aproxima al resarcimiento de estas ofensas es una indemnización pecuniaria, cuyo importe deberá fijar el tribunal atendiendo a las circunstancias de la ofendida, de su edad y de su posición social³⁵².

6.6. CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

6.6.1. La ausencia inicial de la categoría en el BGB y su paulatino reconocimiento en el § 823 BGB

Con el comienzo del nuevo siglo se promulga el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*). La razón de su aparición tardía –si lo ponemos en relación con las codificaciones que sus países

³⁵¹ STS de 6 de diciembre de 1912 (JC 1912/95). Para un mayor análisis de la sentencia, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1269-1272.

³⁵² DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1271, considera esta última conclusión como la parte más débil de la sentencia, pues “más que verdadera indemnización parece que se ha impuesto una pena”. No obstante, justifica esta “pena privada” en la legislación civil como mejor remedio a la ofensa al honor, con un argumento un poco rebuscado que, resumidamente, viene a decir que si la ofensa genera una pérdida de libertad personal (por limitarse la actuación del agraviado en un medio social determinado), el dinero repondrá esa libertad (permitiendo un aumento de poder para cambiar de medio social).

vecinos venían haciendo desde hacía un siglo – se debe a la influencia que tuvo la Escuela Histórica de Derecho. Para esta corriente, el Derecho no es la libre creación de un “sabio legislador”, sino el resultado de una larga evolución. Como dirá su máximo representante, SAVIGNY, el Derecho es el producto del espíritu del pueblo (*Volksgeist*) y que se desenvuelve de un modo orgánico, por lo que las codificaciones amplias las estimaban inconvenientes, pues podrían detener la orgánica progresión del Derecho a impulsos de la convicción popular y de la ciencia³⁵³.

Una de las discusiones entre la doctrina alemana de la época que también afectó a la hora de redactar el *BGB* fue si el Derecho privado debía reconocer o no los derechos de la personalidad. Para la Escuela pandectista, cuyos esfuerzos estaban dedicados a la aplicación moderna del Derecho romano, la *actio iniuriarum*, que protegía no solo la integridad corporal sino también el honor y la reputación de las personas, podría servir de modelo³⁵⁴. Pero para romanistas como ZIMMERMAN, la acción era demasiado vaga como para ser aplicada judicialmente³⁵⁵. Por otra parte, y como ya vimos, para SAVIGNY y el resto de autores de la Escuela de Derecho histórico, en el concepto de derecho subjetivo no tenía cabida el derecho de la personalidad, pues carecía de un objeto externo en el que aplicarse, por lo que las teorías de GAREIS, GIERKE y KOHLER no debían incluirse en el Código civil. Finalmente, la opinión savigniana fue la que predominó y se rechazó incluir en el *BGB* la teoría de los derechos de la personalidad. Se suprimió en los títulos la palabra “persona” por la de “capacidad jurídica”, por lo que la exposición amplia del Derecho de la persona quedó descartada³⁵⁶.

Tampoco había acuerdo entre los redactores del *BGB* sobre qué sistema de responsabilidad por hecho ilícito adoptar. Unos defendían el

³⁵³ Se considera fundador de la Escuela Histórica a GUSTAV HUGO (1764-1844), pero como dice ENNECCERUS-NIPPERDEY (1934), p. 75, “el jefe reconocido” es FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY (1779-1861), de quien ya hablamos en el ap. 6.4.1, cap. I.

³⁵⁴ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 96.

³⁵⁵ ZIMMERMAN (1996), p.1085.

³⁵⁶ HATTENHAUER (1989), p. 24.

sistema del *Code français*³⁵⁷, introduciendo una cláusula similar a su artículo 1382 *Code civil*, que al igual que nuestro artículo 1902 CC estipula que aquel que cause daño a otro por culpa o negligencia debe resarcir los daños y perjuicios causados³⁵⁸. Otro sector defendía, por el contrario, un sistema basado en una configuración típica de los daños que dan lugar a responsabilidad civil. El resultado por el que se optó fue una especie de compromiso entre ambos sistemas y que todavía perdura hoy³⁵⁹, en el que el § 823 *BGB*, apartados I y II, y el § 826 *BGB*³⁶⁰ representarán los diferentes enfoques sistemáticos a la responsabilidad civil³⁶¹.

El § 823 I *BGB*³⁶² protege derechos subjetivos absolutos, tales como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de una persona que haya sido dañado injustamente³⁶³. La doctrina señala que este artículo distingue, por un lado, ciertos intereses inmateriales como la vida y la salud, y por otro la propiedad y “otros

³⁵⁷ El Derecho francés optó por la atipicidad del ilícito muy seguramente debido a la influencia de GROCIO y de PUFENDORF, siendo GROCIO el primero en enumerar el principio por el cual “todo daño, sea contractual o extracontractual, debe ser resarcido”. Por su parte, PUFENDORF había realizado una amplia enumeración de los daños resarcibles, desde la lesión de la integridad física y del honor, hasta la falta o inexacta ejecución de la prestación debida por el deudor. FERRARI (2000), p. 243.

³⁵⁸ Según SCHULZE (2015), p. 167, la codificación en el Derecho civil alemán, si se compara con la francesa de 1804, estuvo menos orientada por el pensamiento de la simplificación y claridad del Derecho para cada individuo y más por el afán de lograr una sistematización más consecuente.

³⁵⁹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 97.

³⁶⁰ El § 826 *BGB* protege contra los daños causados de forma intencional o deshonestamente.

³⁶¹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 97.

³⁶² § 823 I *BGB*: aquel que con culpa o negligencia dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de una persona de forma ilícita, debe compensarlo por los daños causados.

³⁶³ Este párrafo está basado en la teoría de los derechos subjetivos de SAVIGNY, por la cual estos derechos delimitan ciertos ámbitos en los que puede actuar cada individuo de acuerdo con su voluntad. BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 97. Los elementos constitutivos de hecho ilícito (*unerlaubte Handlung*) serían el dolo o culpa, un hecho humano, un nexo de causalidad entre estos dos, la antijuridicidad de la acción u omisión y la existencia de un determinado evento (es decir, la lesión a la vida, salud, integridad física, libertad, propiedad o algún otro derecho ajeno). FERRARI (2000), p. 243.

derechos”. Esta redacción, hasta pasados cincuenta años de promulgado el *BGB*, fue obstáculo para el desarrollo de un derecho general de la personalidad, pues la doctrina mayoritaria estimaba que bajo la expresión “otros derechos” solo se contenían derechos patrimoniales, por lo que aspectos de la personalidad que no estaban nombrados expresamente, como el honor y la reputación, no se encontraban protegidos por el § 823 I *BGB*³⁶⁴.

El apartado II del § 823 *BGB* dispone, por otra parte, que subsiste la misma obligación que en el apartado anterior para aquel que vulnere una previsión legal destinada a proteger a un tercero. Según la comisión redactora del *BGB*, este parágrafo se estaba refiriendo a los daños causados por los delitos de calumnia e injuria del Código penal alemán (§§ 185-187 *Strafgesetzbuch, StGB*). No obstante, aquellos derechos de la personalidad no protegidos por el derecho penal seguían quedando fuera del nuevo Código civil alemán.

Lo que sí estuvo previsto en el *BGB* desde sus inicios fue la protección del derecho al nombre en su §12 *BGB*. El *Recht zum Gebrauch eines Namens* pretendió originariamente tutelar el apellido de personas notorias, asegurando la identidad personal y preservando el gentilicio³⁶⁵. Este precepto se convirtió, así, en sede normativa de la tutela de la personalidad en el *BGB*, y algunos autores presentarán la categoría de los derechos de la personalidad a propósito de esta codificación del derecho al nombre³⁶⁶.

³⁶⁴ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 97-98. Por otra parte, según FERRARI (2000), p. 256, la previsión “algún otro derecho” (*sonstige Rechte*), no quiere decir que la responsabilidad surja siempre que se lesione un derecho, sino cuando se lesione alguno de los derechos absolutos, entre los que, como veremos más adelante, hoy en día se contemplan los derechos reales, los *Immaterialgüterrechte* (el derecho de autor, *Urheberrecht*, o el derecho de patente), y algunos derechos elaborados por la jurisprudencia y por la doctrina, véase los *Persönlichkeitsrechte*.

³⁶⁵ COSTA GONÇALVES (2017), p. 671.

³⁶⁶ COSTA GONÇALVES (2017), p. 671, citando la obra de ERNST ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, de 1900, pp. 51 y ss. Actualmente la doctrina y jurisprudencia alemana aplican un “triple-test” para determinar si ha habido o no infracción del derecho al nombre: si se ha hecho un uso de un nombre idéntico o

Por otra parte, el derecho a la propia imagen se recogió en 1907 en el § 22 de la Ley de Derechos de autor para obras de arte visuales (*Kunsturheberrechtsgesetz, KUG*)³⁶⁷, que trató de dar un marco teórico a los continuos casos que llegaban a los tribunales sobre uso no consentido de fotografías y que estos venían resolviendo con criterios dispares³⁶⁸. Así, esta disposición estableció que la imagen de una persona solo podría ser publicada o difundida con el expreso consentimiento de la persona fotografiada o retratada. Se había discutido si limitar la prohibición a aquellas fotografías en las que se dañase la reputación de la persona retratada pero finalmente se rechazó, al igual que también se optó por no incluir esta previsión en el *BGB*, cuestión que los comentaristas de la época criticaron, pues no sin razón decían que lo que se estaba protegiendo poco tenía que ver con los derechos de autor, por lo que sistemáticamente debía contenerse en sede de Derecho privado³⁶⁹.

6.6.2. El CC suizo de 1907

El Código que sí recogió en sede privada la doctrina de los derechos de la personalidad fue el suizo de 1907, cuya entrada en vigor se produjo en 1912³⁷⁰. Dice HATTENHAUER que con él se demostró que este tema era susceptible de un enfoque diferente al que predominó en la redacción del *BGB*, en gran parte debido a que su autor, EUGEN HUBER, era partidario convencido de la doctrina del derecho de la

similar causando un riesgo de confusión, si ese uso es injustificado, y si de ello resulta una intromisión en el interés del titular del derecho (tanto en un contexto patrimonial, como puede ser el uso del nombre en un anuncio publicitario, como en uno extrapatrimonial, como podría ser su asociación con una determinada familia o institución que cause un perjuicio moral). Para un mayor análisis, *vid.* BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 109-112.

³⁶⁷ FERRARI (2000), p. 256.

³⁶⁸ Como ya vimos en las sentencias *RGSt* 29/11/1898 y *RGZ* 28/12/1899 comentadas en el apartado X.

³⁶⁹ En este sentido, *vid.* GÖTTING (2006), pp. 1178-1180.

³⁷⁰ En palabras de CARONI (1996), p. 91, este Código “goza de una fama quizá un poco singular, si no precisamente dudosa: la de ser orgulloso, autónomo y original”. Lo cierto es que en el tema que aquí nos ocupa confirmamos que, cuanto menos, es original por alejarse de su vecino *BGB*, para quien, como vimos, los derechos de la personalidad no eran merecedores de quedar en él incluidos.

personalidad³⁷¹. HUBER pertenecía a un grupo de juristas preocupados por las repercusiones sociales de la incipiente industrialización que se estaba dando en la época, y cuyas consecuencias pretendían mitigar con el Derecho. Así, trataban de luchar contra los desequilibrios sociales formulando “diversamente” el Derecho, en palabras de CARONI. Es decir, de lo que se trataba era de construir un Derecho privado llamado “social”, porque era sensible al sujeto jurídico más débil tratando de restablecer mínimamente el equilibrio entre las partes³⁷². Por esta razón se introdujo como primer capítulo del Título I uno rubricado “de la personalidad”, y con la referencia en nota marginal de “la personalidad en general” y “disfrute de los derechos civiles”. Por un lado, con estas notas se hace referencia a la personalidad como capacidad jurídica para ostentar esos derechos (arts. 11 a 26 y 31.1 del Código civil suizo)³⁷³, pero por otro, concretamente en sus arts. 27 y 28, se refiere a la personalidad como garantía de todos los derechos intangibles que le corresponden a toda persona por el hecho de serlo³⁷⁴. El art. 27 y 28 regulan, por tanto, la protección de la personalidad, distinguiendo la doctrina entre la protección “interna” (protección contra actos de uno mismo) y la protección “externa” (protección contra actos de terceros)³⁷⁵. El original art. 28 fue modificado en 1983 y en posteriores reformas que fueron añadiendo apartados para garantizar una

³⁷¹ HATTENHAUER (1987), p. 24.

³⁷² Pero dice CARONI (1996), p. 100, que no siempre se logró imponer este “derecho desigual”, y las cláusulas relativas al derecho de las personas, arts. 27 y 28 del Código civil suizo, fueron un ejemplo de esta posibilidad de elaborar un derecho “desigual”, pero cuya aplicación real quedó “delegada” a las partes de la relación jurídica, o al juez, o a los Cantones que podrán, con una decisión legislativa excepcional, apartarse de las reglas del Código civil suizo. Por ello, distingue el autor entre el “teórico deseo de un derecho desigual y la renuncia a realizarlo directamente”, debido a las relaciones de fuerza determinadas por el mercado, lo que le parece una contradicción del legislador liberal.

³⁷³ Que regulan la capacidad jurídica y de obrar, mayoría de edad, legitimación en juicio, parentesco, afinidad, domicilio y residencia.

³⁷⁴ MANAI (2010), p. 154.

³⁷⁵ JEANDIN (2010), p. 245.

protección eficaz de la personalidad, lo que analizaremos en su momento³⁷⁶.

6.6.3. El Codice civile italiano de 1942 y el CC griego de 1946

Casi medio siglo después de que se publique el *BGB* y el Código civil suizo, son varios los países que promulgan Códigos en los que se contiene al menos una mención –y en algún caso una regulación más extensa– de los derechos de la personalidad. En Italia entra en vigor el nuevo *Codice civile* de 1942 que, a diferencia de su predecesor –recordemos que el Código civil de 1865 no contenía ninguna norma sobre los derechos de la personalidad– regula en sus arts. 5 a 10 los derechos a la integridad física, al nombre y seudónimo, y a la propia imagen. Recuerda la doctrina que algunos de los parlamentarios encargados para la redacción del *Codice* negaron que la protección de la personalidad perteneciese al Derecho privado en el ordenamiento fascista, rechazándose la concepción iusnaturalista del Derecho privado, aunque finalmente triunfó la tesis de su admisión³⁷⁷. Fundamentalmente, ello fue gracias, por un lado, a la influencia del modelo alemán a finales del s. XIX, y que fue recogido por la doctrina italiana especialmente en las obras de FADDA Y BENSA, SCIALOJA y RAVÀ; y por otro, a la aportación de la jurisprudencia, que paulatinamente había ido resolviendo conflictos respecto a usos del nombre, de la imagen, o del derecho moral de autor, tomando como base esa doctrina para dar respuestas coherentes a los problemas planteados en la práctica³⁷⁸. Así, por ejemplo, la tutela del nombre (prevista en el art. 7 del *Codice civile*) fue coherente con el modelo establecido por el §12 *BGB* y por la doctrina jurisprudencial de la época; el derecho a la imagen (art. 10 *Codice civile*), además de la influencia jurisprudencial, fue continuación de lo establecido en el art. 11 del Real Decreto legislativo de 7 de noviembre de 1925, núm. 1950. En cambio, el hecho de que el *Codice* recogiese el derecho a disponer sobre el propio cuerpo fue algo novedoso con respecto al resto de códigos de la época, y también respecto a la doctrina y jurisprudencia,

³⁷⁶ JEANDIN (2010), p. 256.

³⁷⁷ HEREDIA Y CASTAÑO (1976), p. 42.

³⁷⁸ RESTA (2014), p. 77.

y solo se explica por influencia de la ideología antiliberal adoptada por la cultura jurídica fascista³⁷⁹.

Otros Códigos civiles como el griego de 1946 contienen una regulación parcial de los derechos de la personalidad, conteniendo en los artículos 57 a 60 la mención al derecho de la propia persona, el derecho al nombre, y el derecho a los productos del espíritu. Por su parte, el Código civil egipcio de 1948 – el cual ha sido modelo a seguir de los Códigos civiles de gran parte de los Estados árabes – dispone en su art. 50 que aquel que haya sufrido una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad podrá solicitar su cese, así como el resarcimiento de los daños causados. También declara como irrenunciables el derecho a la libertad (art. 49) y el derecho al nombre (art. 51).

7. La expansión de los derechos de la personalidad. Nuevos derechos. Entre ellos, la voz

7.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Después de la II Guerra Mundial se tomó conciencia de los riesgos que suponía que el individuo estuviese sujeto a los designios de las estructuras de poder, por lo que empieza a reivindicarse un nuevo espacio para la persona que posibilite su protección frente al poder estatal, siendo una de sus consecuencias fundamentales la consagración en varios países europeos del principio de inviolabilidad de la dignidad humana y la concretización de los derechos de la personalidad. Si bien las previsiones sobre la dignidad se encontraban fundamentalmente en las Constituciones, la moderna regulación de los derechos de la

³⁷⁹ RESTA (2014), pp. 77-78. No obstante, este autor señala que, si bien las novedades introducidas por los arts. 5-10 del *Codice* fueron importantes, sus consecuencias prácticas fueron más bien modestas. Además de a la reticencia de ampliar el catálogo a otros bienes –siendo la ausencia más destacada la del derecho a la intimidad– ello fue debido a la nada afortunada elección del legislador de restringir el resarcimiento a los daños morales a aquellos casos previstos por la ley (según el art. 2059 *Codice*), es decir, a los tipificados penalmente (*alle fattispecie di reato*), lo que tuvo un impacto bastante negativo en el desarrollo del sistema de protección civil de la personalidad,

personalidad comenzó a aparecer paulatinamente en los Códigos civiles de mediados del siglo xx, sin olvidarnos de los ya comentados *Codice civile* de 1942 y Código civil griego de 1946, pioneros en este tema. Así, en Francia, alrededor de 1950, se elaborará un Proyecto de modificación del *Code* que contemple los derechos de la personalidad, en el que también se discutirá sobre la conveniencia de incluir la protección de la voz a la par que la de la imagen; en Alemania aparecerá un derecho general de la personalidad derivado de la interpretación conjunta que hizo el Tribunal Supremo Federal del nuevo art. 1 de su Constitución, sobre la inviolabilidad de la dignidad humana, y el art. 2.1 de la misma, sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y en Portugal, con el nuevo Código civil de 1966, se dedicará una sección entera a los derechos de la personalidad.

7.2. PRIMEROS PASOS: LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA VOZ COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD EN FRANCIA

En Francia, a mediados del siglo xx, se gestó un Proyecto de reforma del Código civil que contempló un capítulo dedicado específicamente a los derechos de la personalidad³⁸⁰. Estaba dividido en dieciocho secciones y, aunque finalmente nunca llegó a aprobarse, dio buena cuenta de la importancia que los derechos de la personalidad habían obtenido en este siglo³⁸¹. El texto propuesto se consideró por la Comisión bastante amplio en comparación con los ordenamientos vecinos cuyos textos mencionan (en especial, el suizo, alemán e italiano), pero lo justifican en que no se trata solo de proteger frente a ataques deliberados contra el cuerpo humano, sino también de ataques contra todos los derechos inherentes a la personalidad³⁸². El artículo referido a la protección de la imagen decía lo siguiente: “Cuando la publicación, exhibición o uso de la imagen de una persona, de su padre, madre, cónyuge, hijos o descendientes, se realizó sin su consentimiento

³⁸⁰ Titulado “*Protection de l’image. Lettres missives. Sanctions des atteintes aux droits de la personnalité*”, aparecen recogidas las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la comisión en *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Sirey, Paris, vol. 6, Année 1950-1951, pp. 58-66.

³⁸¹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 151.

³⁸² *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Sirey, Paris, vol. 6, Année 1950-1951, pp. 33 y ss.

y fuera de los casos en que la ley lo autoriza, la persona tiene derecho a solicitar su cese, sin perjuicio de la reparación del daño material o moral que se haya producido”³⁸³. La importancia que tienen para nuestro objeto de estudio las declaraciones de algunos de los miembros de la Comisión encargada de su redacción nos obligan a reproducir parte del debate que se generó en torno a este artículo.

La primera cuestión que debaten es sobre el alcance del texto, que a algunos les parece demasiado amplio y a otros, por el contrario, demasiado estrecho. A LATOURNIERE, a favor de la primera postura, le preocupa que sea demasiado amplio y que prohíba, por ejemplo, también las caricaturas. En cambio, el presidente de la Comisión (MORANDIÈRE) se cuestiona si no es demasiado limitada la redacción, preguntándose si no debería incluir también “el respeto por la voz y el habla” (“*au respect de la voix et de la parole*”). Y señala como posibles ejemplos encuadrables en este extremo la difusión de la grabación del alegato de un abogado, o la clase que imparte un profesor, cuando no se cuenta con el consentimiento de ellos.

En apoyo de la primera postura, HOUIN, en consonancia con la apreciación de LATOURNEIRE, propone que se sustituya la frase “excepto en los casos que permita la ley” por otra más amplia, “*en dehors des cas où la loi et les usages l’autorisent*”, estimando que la alusión a los usos concilia la libertad de “*presentation des faits*”, propio de un régimen democrático, y los derechos de la personalidad³⁸⁴. HOUIN trae a colación la solución adoptada por el Código civil italiano, recordando que es menos rigurosa que lo que él propone, puesto que en la italiana solo se considera ilícita la conducta cuando se aprecia abuso de derecho en el uso de la imagen de terceros³⁸⁵. Destaca como

³⁸³ Artículo 7 del Proyecto: “*Lorsque la publication, l’exposition ou l’usage de l’image d’une personne, de ses père et mère, de son conjoint, ou de ses enfants ou descendants, a été faite sans son consentement et en dehors des cas où la loi l’autorise, elle eut en demander la cessation, sans préjudice de la réparation du préjudice matériel ou moral qui en serait résulté*”.

³⁸⁴ *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Sirey, Paris, vol. 6, Année 1950-1951, p. 59.

³⁸⁵ ROUAST, por el contrario, replica que admitiría de buen grado la solución del *Codice*, pues le parece idóneo el término “abuso”, ya que permite individualizar cada

particularidad del derecho a la imagen que se pueda renunciar a él, mientras que la renuncia al resto de derechos de la personalidad no es generalmente válida.

Por el contrario, ANCEL, de acuerdo con lo dicho por el presidente de la Comisión, no le contenta la solución tan amplia de la ley italiana, pues cree que nadie tiene derecho a usar la imagen o la voz de otra persona sin su consentimiento.

El debate continúa en torno a dos cuestiones más: por un lado, la determinación de las conductas que se prohíben, si solo la difusión o también la mera captación de la imagen. Por otro, si se requiere o no un consentimiento previo. A la primera el presidente señala que lo prohibido por el texto solo alcanza a la difusión de la imagen, no a la mera captación, algo con lo que el resto de la Comisión parece estar de acuerdo³⁸⁶. Sobre la segunda cuestión, la mayoría se decanta por una norma que imponga la necesidad de expresar previamente el consentimiento al uso de la fotografía, por lo que toda divulgación de una fotografía o grabación podrá ser considerada ilícita si no se ha obtenido el consentimiento previo del titular de los derechos de imagen, quien podrá reclamar, en su caso, los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia de esa publicación³⁸⁷.

caso y evita que una regla general no sea capaz de medir bien las ventajas e inconvenientes. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Sirey, Paris, vol. 6, Année 1950-1951, pp. 59-60.

³⁸⁶ En este punto, todos parecen estar de acuerdo en que en la práctica será muy difícil conseguir que no se tomen fotografías de los demás, por ejemplo, en los casos de turistas que fotografían un monumento a la vez que a los transeúntes que se encuentren al lado.

³⁸⁷ La propuesta es de MORANDIÈRE y ANCEL, sostenida también por LYON-CAEN. No obstante, dos miembros, LAPANOUSE y ROUAST, consideran que el texto solo debería prohibir la difusión cuando, de manera expresa, el fotografiado mostrase su disconformidad con tal difusión de su imagen. La argumentación discurre por la idea del “espíritu liberal francés”, que protegería a los medios de comunicación que realizasen estos reportajes fotográficos o cinematográficos. Finalmente, el artículo queda redactado como sigue (p. 72): “*En cas de publication, d'exposition ou d'utilisation de l'image d'une personne, celle-ci peut, à moins qu'elle n'y ait consenti*

Por último, desgraciadamente para el tema aquí tratado, la Comisión opta por dejar para otro momento el tema de la reproducción de la voz de terceros, pues finalmente consideran que esta cuestión está relacionada con el problema de la propiedad literaria y artística³⁸⁸. Aunque, como vimos, el presidente de la Comisión parecía mostrarse propicio a su inclusión expresa como derecho de la personalidad merecedor de una protección semejante al derecho a la propia imagen –postura apoyada por otro miembro, ANCEL, quien nombra a la voz a la par que la imagen al considerar que la regulación del ordenamiento italiano es muy permisiva– y además, durante todo el debate ninguno de los presentes se muestra de forma expresa contrario a que se considere a la voz como derecho de la personalidad. Así y todo, finalmente parece que la mayoría de la Comisión, optando por la “vía fácil”, deciden aparcarse su regulación para otra ocasión, considerando que el tema guarda relación con los derechos de propiedad intelectual. Si bien esta conclusión, como veremos, no es del todo incorrecta, está claro que la voz también guarda relación con los derechos de la personalidad, y a día de hoy, ha sido la jurisprudencia y doctrina académica francesa la que ha tenido que suplir esta laguna de su ordenamiento, pero este análisis lo dejamos para páginas venideras.

7.3. EL NUEVO DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN

Como dijimos, tras la II Guerra Mundial se quiso poner coto a las múltiples violaciones de los derechos humanos estableciendo cláusulas en diversos instrumentos normativos que protegiesen la dignidad de las personas. En Alemania se promulgó la Constitución de 1949

à l'avance, demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la réparation de tout dommage matériel ou moral.

Le même droit appartient au conjoint et aux parents en ligne directe au premier degré d'une personne décédée dont l'image serait publiée, exposée ou utilisée après son décès dans des conditions de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération”.

³⁸⁸ *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Sirey, Paris, vol. 6, Année 1950-1951, pp. 60-61: “La Commission réserve le cas de la reproduction de la voix d'autrui. Cette question, en effet, se rattache au problème de la propriété littéraire et artistique”.

(*Grundgesetz, GG*) cuyos arts. 1 y 2.1 disponen, respectivamente, que la dignidad humana es inviolable, siendo obligado su respeto por toda autoridad estatal, y que todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con el límite de no infringir los derechos de terceros, el orden constitucional y la moral. En base a ellos, el Tribunal Federal Alemán sentenció en sendos casos de 1954 y 1958 que el derecho privado debía reconocer un derecho general de la personalidad. En el primer caso, conocido como el *Schachtbrief*³⁸⁹, el tribunal ordenó a un periódico a rectificar el contenido de una carta que atribuía falsamente unas opiniones a un abogado, bajo el fundamento de que los derechos previstos en los arts. 1 y 2.1 *GG* debían reconocerse también en sede de derecho privado³⁹⁰; en el segundo, el “caso del jinete” (*Herrenreiter*)³⁹¹ de 1958, el tribunal concedió una indemnización sobre la base de que el daño grave a intereses de la personalidad era análogo a la violación de la libertad, apoyándose en el § 847 *BGB*, que preveía que los daños por dolor o sufrimiento solo podrían indemnizarse por intromisiones en el cuerpo, salud o libertad. En posteriores resoluciones el Tribunal justificó su interpretación del § 847 *BGB* no en una analogía sino directamente en los principios constitucionales. Aunque en los años siguientes se intentó añadir al *BGB* una previsión sobre el derecho general de la personalidad, finalmente no se consiguió debido a la oposición de los profesionales de la información, que entendían que tal derecho restringiría sobremanera la libertad de expresión³⁹². No será hasta quince años después cuando el Tribunal Constitucional alemán sentencie, en el caso *Soraya*, que el Tribunal Federal había actuado correctamente al “crear”, a falta de la intervención del poder legislativo, este derecho general de

³⁸⁹ Caso *Schachtbrief*, *BGHZ* 13, 334, de 25 de mayo d 1954.

³⁹⁰ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 100-101 dicen que los comentaristas de la época calificaron a la decisión de valiente por dos motivos: el primero, por la iniciativa del tribunal de responder a una pregunta sobre la que el legislativo aún no se había decidido, cuál era la regulación de un derecho general de la personalidad. La segunda, porque la mayoría de la doctrina no aceptaba que los principios constitucionales fuesen directamente aplicables entre los individuos (*Direkte Drittwirkung*).

³⁹¹ Caso *Herrenreiter*, *BGHZ* 26, 349, de 14 de febrero de 1958.

³⁹² BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 102.

la personalidad, derecho que hoy en día sigue sustentado por esta interpretación jurisprudencial³⁹³.

En otros países como Francia o Portugal, si bien hubo varios debates acerca de incluir o no en su ordenamiento un derecho general de la personalidad, finalmente la postura mayoritaria abogó por su no inclusión. En Francia se fundamentó, básicamente, en que la idea de que la personalidad, aunque debe ser protegida en todos sus aspectos, no es merecedora de un derecho subjetivo como tal, pues tiene una naturaleza difusa que hace difícil su inserción en esta categoría³⁹⁴. De igual manera, en Portugal, la opinión mayoritaria es que la cláusula de protección de la personalidad del art. 70 del Código civil se concretiza en los derechos de la personalidad reconocidos en el ordenamiento jurídico (ya sea de forma positiva o jurisprudencial), por lo que no se entiende como un derecho subjetivo absoluto³⁹⁵. A esta regulación jurídica portuguesa nos referiremos a continuación.

7.4. EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1966 Y SU PORMENORIZADA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La tutela de la personalidad en el Derecho portugués suele representarse como una tutela multinivel, en pirámide³⁹⁶: en la cúspide se situaría la protección dada por la Constitución portuguesa a partir de 1976³⁹⁷; a continuación estaría la penalización de conductas que violan

³⁹³ Caso *Soraya*, BVerfGE 34, 269, de 14 de febrero de 1973.

³⁹⁴ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 153-154, quienes exponen que los redactores de la propuesta de modificación del *Code* sí contemplaron la posibilidad de incluir tal derecho, aunque la idea fue rápidamente abandonada por la doctrina. Hoy lo que se contempla más bien es un principio de protección de la personalidad, que se consigue mediante el reconocimiento de una serie de derechos subjetivos que protegen ciertos atributos de la personalidad que tienen algo de “materialidad”, como el nombre, la imagen, la voz o la esfera privada, o que se refieren a intereses como el honor, la dignidad o los sentimientos.

³⁹⁵ En este sentido, CARVALHO FERNANDES (2012), p. 233, admitiendo que la cláusula podría ser un principio fundamental del sistema que domine y oriente a la categoría de los derechos de la personalidad.

³⁹⁶ GUIMARÃES (2019), p. 3.

³⁹⁷ Entre los derechos fundamentales de la Constitución portuguesa se incluyen en el art. 26 “*outros direitos pessoais*” como el buen nombre, la imagen, la vida privada o la palabra.

los derechos de la personalidad según el CP portugués; después nos encontraríamos con la regulación dada por el CC de 1966, y finalmente con la protección establecida en el Código de trabajo portugués, que también regula los derechos de la personalidad en el ámbito laboral en los arts. 14-22³⁹⁸.

Centrándonos en el tercer nivel de esta protección, el Código civil portugués de 1966 destaca por su pormenorizada regulación de los derechos de la personalidad³⁹⁹. Quizá se deba a que los artículos que se refieren a ellos tuvieron su antecedente en un anteproyecto de Código sobre las Personas y la Familia elaborado por MANUEL DE ANDRADE, en especial su “*Parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade e ao domicílio*”, de 1961, que proponía una tutela de los individuos contra cualquier ofensa ilícita a su personalidad⁴⁰⁰. Este autor promovió que se cortase “el cordón umbilical” que ligaba los derechos de la personalidad a los derechos originarios, concepción propia del iusnaturalismo racionalista, y, quizá influenciado por el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn, los derechos de la personalidad ganarían autonomía y vigor en el ordenamiento jurídico portugués⁴⁰¹. No obstante, el realismo de DUGUIT y el formalismo jurídico de KELSEN sirvieron no solo para desprenderse de las concepciones iusnaturalistas del Código anterior, sino también para “subestimar el propio lugar del hombre dentro de la nueva codificación en proyecto”, por lo que algún autor se ha lamentado de que se relegue

³⁹⁸ Los derechos (“aspectos parcelares”) de la personalidad protegidos en los arts. 14 a 22 del Código de Trabajo son la libertad de expresión, la integridad física y moral, la intimidad, los datos personales, los tests y exámenes médicos, los medios de vigilancia a distancia y la confidencialidad de los mensajes y de acceso a la información.

³⁹⁹ En palabras de HEREDIA Y CASTAÑO (1976), p. 43, el Código civil portugués de 1966 presenta “la reglamentación sin duda más completa, detallada e interesante de los Códigos” en materia de derechos de la personalidad.

⁴⁰⁰ “*Esboço de um anteprojecto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio*”, *BMJ* 102, de 1961, pp. 153-166.

⁴⁰¹ VASCONCELOS (2019), pp. 32-33, para quien los derechos de la personalidad ocupan una posición jerárquicamente superior a los demás derechos subjetivos.

a la “parte general” el derecho de las personas que antes ocupaba el primer puesto⁴⁰².

El Código civil de 1966 comienza en el art. 70 con la cláusula general de protección de la personalidad, para continuar con una reglamentación que incluye en su art. 71 la protección de la personalidad más allá de la muerte del titular de los derechos. La regla general del art. 70 no resulta un obstáculo para que se regule a continuación el derecho al nombre (art. 72), al pseudónimo cuando goce de notoriedad (art. 74), al secreto de correspondencia (arts. 75 a 78), a la imagen (art. 79) y a la intimidad (art. 80), para finalizar prohibiendo toda limitación voluntaria de estos derechos cuando sea contraria al orden público, y estableciendo que en todo caso la limitación, cuando sea lícita, podrá ser revocada, aunque con obligación de resarcir de los daños causados a la otra parte cuyas legítimas expectativas se hubiesen visto truncadas. La doctrina entiende que esta enumeración no es exhaustiva, sino que estamos ante un catálogo de derechos de la personalidad abierto⁴⁰³.

Conviene destacar, como acabamos de mencionar en el apartado anterior, la importancia de la cláusula del art. 70 del Código civil sobre la protección general de la personalidad. Aunque para un sector doctrinal se trata de una figura anómala que no sería necesaria (pues se podrían reconocer por régimen de *numerus apertus* derechos especiales de la personalidad)⁴⁰⁴, para otros se trata de una cláusula que faculta en

⁴⁰² DE CARVALHO (2012), pp. 239-240.

⁴⁰³ CAPELO DE SOUSA (1995), pp. 557 y ss; MORAIS ANTUNES (2012), p. 61. Por su parte, VASCONCELOS (2019), pp. 66 y ss., no ve como derechos subjetivos autónomos a los derechos regulados en los arts. 72 a 80, sino como poderes jurídicos que integran el derecho de personalidad de su titular, y que son defendidos cuando la dignidad de su titular se ve amenazada o por ofensas de estos específicos bienes de la personalidad. No obstante, como vimos, esta opinión no es compartida por la mayoría de la doctrina, para quienes está claro que existen diversos derechos de la personalidad.

⁴⁰⁴ Entre otros, MENEZES CORDEIRO (2004), p. 29; DE CARVALHO (2012), pp. 203-203; GUIMARÃES (2017 A), pp. 294-295. Esta última autora realiza la siguiente clasificación de los derechos de la personalidad: vida; integridad física; libertad positiva y negativa (comprendiendo las libertades físicas y morales); inviolabilidad personal (distinguiéndose una proyección física que abarca al derecho a la imagen y al derecho

el derecho portugués a la tutela jurídica de la globalidad de los elementos de la personalidad humana⁴⁰⁵: frente a la incerteza que genera para aquellos defensores de un sistema positivo-formal, se sitúan los partidarios de un sistema más valorativo, que confiere a la cláusula una “maleabilidad y versatilidad de aplicación a situaciones nuevas y complejas”⁴⁰⁶. En esta línea y en lo que aquí nos interesa, hay quienes consideran que la cláusula del art. 70 tutela diversos bienes jurídicos entre los que se encuentra la identidad, cuya protección incluye no solo la imagen física, los gestos, o la identidad sexual, sino también la voz humana, cuestión en la que nos detendremos más adelante⁴⁰⁷.

7.5. EL NUEVO ART. 9 DEL *CODE CIVIL*

Hasta 1970 en Francia se protegía la personalidad por la vía jurisprudencial y con base en el art. 1382 *Code civil*, pues como vimos el proyecto de reforma del *Code* no se llegó a aprobar⁴⁰⁸. Por lo que hay que esperar a 1970, con la aprobación de la Ley 70-643, de 17 de julio, sobre refuerzo de las garantías de los derechos individuales, para ver

a la palabra; una proyección vital, que abarcarían el derecho al “carácter”, a la historia personal, a la intimidad de la vida privada y a la verdad profunda, impidiendo esta última los medios de detección de mentiras sin autorización de la persona, es decir, poder administrar la propia verdad; y una proyección moral, que protegería el derecho al honor); identidad personal (medios de identificación personal entre los que se incluye el nombre y pseudónimo, y derecho a la verdad personal, que impide que se deforme la verdad a través de informaciones falsas); creación personal, que incluiría no derecho moral de autor, sino el mero derecho de crear, y que se violaría cuando se limitase la libertad artística o científica e alguien. GUIMARÃES (2017 A), pp. 295-296.
⁴⁰⁵ GUIMARÃES (2017 A), p. 295, entendiendo que esta cláusula general recoge un derecho general de la personalidad, pretendiéndose tutelar y potenciar el libre desarrollo de la personalidad humana.

⁴⁰⁶ CAPELO DE SOUSA (1995), p. 93, para quien el derecho general de la personalidad es un derecho madre (*Mutterrecht*) o derecho-fuente (*Quellrecht*). En general, para ver los partidarios de una y otra postura, *vid.* MORAIS ANTUNES (2012), pp. 61-62.

⁴⁰⁷ Al respecto, *vid.* ap. 2.1.2, cap. III, sobre la configuración dogmática del derecho a la voz (o *direito à palavra*) en el derecho portugués.

⁴⁰⁸ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 151-152 resumen los principales casos jurisprudenciales que avalaron una protección de la personalidad desde mediados del s. XX hasta 1970, usando frecuentemente las nociones de “patrimonio moral” (cuyo primer uso parece que fue en un caso cuya protagonista era Marlene Dietrich, CA Paris, de 16 de marzo de 1955, D. 1955, jur. 295; posteriormente también en los casos *Picasso*, *Blier* o *Trintignant*).

consagrado legalmente el respeto a la privacidad, quedando recogido en el art. 9 del *Code civil* que “todo individuo tiene derecho a que se respete su vida privada”⁴⁰⁹. Hoy en día este derecho sigue siendo el único reconocido a nivel legal, mientras que los otros dos derechos que conforman el núcleo duro de esta categoría en Francia (propia imagen y nombre) continúan teniendo base jurisprudencial. A mayores, los tribunales han reconocido otros derechos como el honor y la voz, esta última en la sentencia de importancia capital para el tema aquí tratado y cuya protagonista fue la afamada soprano Maria Callas. Si bien veremos que hay doctrina defensora de un derecho a la voz autónomo, hay otra que todavía ve su contenido y límites difusos⁴¹⁰.

7.6. NUEVOS CÓDIGOS CIVILES CON MENCIÓN A LA VOZ

En 1987 en Latinoamérica PÉREZ VARGAS se planteaba la existencia de nuevos derechos de la personalidad, denunciando que la mayoría de los códigos civiles vigentes en la época los ignorasen por completo, exceptuando solo a los códigos peruano y brasileño, aunque como veremos hoy ya son más los que los mencionan. El primero de los derechos que este autor plantea es, precisamente, la voz. Este autor se pregunta si se podría alegar un derecho a la voz de conformidad con la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, al igual que ya existía un derecho a la imagen. Concluye que no hay razón para negar a la voz, como proyección de la personalidad, la misma tutela que se otorga a la imagen. Habla ya por entonces del “adelanto tecnológico” que lleva a nuevos métodos de identificación de las personas y nuevas posibilidades de captación de sonidos que podrán generar el incremento de posibilidades de apoderamiento de la voz ajena⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Actualmente el art. 9.1 del *Code* dice que “*Chacun a droit au respect de sa vie privée (...)*”. Posteriormente, en 1994, se consagró en el mismo cuerpo legal la primacía de la persona y su dignidad mediante la Ley de 29 de julio de 1994, diciendo el art. 16 *Code*: “*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*”.

⁴¹⁰ Entre la doctrina que todavía no ve claro un derecho autónomo a la voz, BEVERLEY-SMITH/OHLY/LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 153. El análisis de aquella doctrina que sí se muestra partidaria se expone en el ap. 2.1.4, cap. III.

⁴¹¹ PÉREZ VARGAS (1987), p. 13.

El Código civil de Bolivia de 1975 contempla en su art. 16, no solo el derecho a la imagen (I. “Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo”), sino también el derecho a que cese la reproducción ilegítima de la voz de una persona (“II. Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”).

El Código Civil de Perú de 1984, bajo la rúbrica “Derechos de la persona” regula en su Título II el derecho a la vida, integridad física, libertad, honor, intimidad personal y familiar, imagen y voz⁴¹². Conviene destacar la referencia que se hace a imagen y voz en términos iguales e incluso con referencia a su protección *post mortem*. Así, el art. 15, con rúbrica “Derecho a la imagen y voz” dice que “la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

⁴¹² No sucede lo mismo con el Código civil venezolano de 1982, que en su artículo 1.196 contempla la protección de los derechos de la personalidad entendiendo que “la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”. Se podrá acordar una indemnización a la víctima “en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada”. Asimismo, este artículo contempla la indemnización a los familiares de la víctima, lo que podríamos entender que contiene también la protección del daño moral causado por atentar contra el honor de personas fallecidas, visto que este derecho se contempla en la enumeración anterior.

El Código Civil de Quebec de 1994 consagra el Título II del Libro I a la regulación “De ciertos derechos sobre la personalidad” que se divide en cuatro capítulos: “De la integridad de la persona” (art. 10 y ss.); “Del respeto a los derechos del niño” (a partir del art. 32); “Del respeto a la reputación y a la vida privada” (arts. 35 y ss.) y “Del respeto al cuerpo después de la muerte” (arts. 42 y ss.). Cabe detenerse en el art. 36, pues tras la cláusula general de respeto a la reputación y privacidad de toda persona que postula el artículo anterior, proscribire en concreto varias actuaciones que atentan contra este derecho, entre las que se encuentra “la apropiación o uso de la imagen o voz cuando se encuentre en ambientes privados”.

El Código civil del Estado de México, de 2002, contempla en su art. 2.5, de manera “enunciativa y no limitativa”, los derechos de las personas, entre los que también incluye en el apartado III del mencionado artículo, “el respeto a la reproducción de su imagen y voz”.

Por su parte, el Código civil de Hungría de 2013⁴¹³, contiene una regulación muy detallada de los derechos de la personalidad, dedicándoles dos títulos.⁴¹⁴ Comienza el art. 2:42 postulando que todas las personas pueden ejercer sus derechos de la personalidad dentro de la legalidad y del respeto a los derechos de los demás, por lo que la dignidad humana y los derechos de la personalidad vinculados deben ser respetados por todos. A continuación, el artículo 2:43 especifica lo que constituirían violaciones de determinados derechos de la personalidad: atentar contra la vida, integridad o salud de las personas, contra la libertad, la discriminación, la difamación, la privacidad, los datos personales, el derecho al nombre, la imagen de las personas o la grabación de su voz. Continúa describiendo los derechos de la personalidad de los personajes públicos, entendiendo que deben ser

⁴¹³ *Act N° V 2013* del nuevo Código civil. La *Act N° IV 1959* del Código civil anterior sigue manteniéndose vigente para aquellos casos en que la violación del derecho se produjo con anterioridad a la promulgación del nuevo Código, o a situaciones que comenzaron antes y finalizaron después de su promulgación. MARTON (2016), p. 39, nota a pie.

⁴¹⁴ Libro I, capítulo 3°, Títulos XI “Consideraciones generales y ciertos derechos relativos a la personalidad” y XII “Sanciones por violaciones de derechos relativos a la personalidad”.

proporcionadas las excepciones a su protección, siempre teniendo como límite la dignidad humana. Y los siguientes preceptos los dedica a desarrollar los derechos anteriormente mencionados. Merece ser destacado el artículo dedicado al “derecho a la propia imagen y voz” (art. 2:48), postulando que debe requerirse el consentimiento de la persona titular para usar su imagen o la grabación de su voz, salvo que nos encontremos en un evento público. Termina el Título XI, art. 2:50, regulando la protección de la memoria de las personas fallecidas, estableciendo que serán los herederos los encargados de entablar las acciones necesarias. Finalmente, el Título XII describe las diferentes sanciones que pueden anudarse a la violación de estos derechos, encontrándose entre ellas la indemnización por daño moral, destacando ahora como un remedio independiente por el art. 2:52⁴¹⁵.

Finalmente, el más reciente Código civil promulgado hasta el momento es el Código civil y comercial argentino de 2014, que entró en vigor el día 1 de agosto de 2015, reemplazando al Código civil de 1869 y al Código de comercio de 1862. Mientras que con anterioridad los derechos de la personalidad se encontraban diseminados en diferentes leyes y en algún precepto del Código civil, ahora se encuentran reunidos en un capítulo titulado “Derechos y actos personalísimos”, que, como el Código húngaro, ya hace mención a la dignidad de las personas en el primero de estos preceptos (art. 51), postulando que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. La dignidad resultará menoscabada cuando se lesione “la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad” de las personas, o cualquier otra forma que pueda entenderse que lesiona la dignidad (art. 52). En concreto, se destaca el derecho a la imagen (art. 53, protegiendo también la reproducción de la voz y destacando que en caso de personas fallecidas “podrán prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”), la prohibición de toda práctica

⁴¹⁵ MARTON (2016), p. 41.

destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57), se regula la investigación médica en seres humanos (art. 58), el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud (art. 59), las “directivas médicas anticipadas” (art. 60) y por último regula la disposición de las exequias (art. 61). Finalmente, se regula el derecho al nombre en el capítulo siguiente (arts. 62 a 72).

Por último, en Chile, cuyo Código civil recordemos que es de 1855, hay doctrina que actualmente estima que deberían incluirse en un futuro libro I del Código civil, además de una protección pormenorizada de derechos derivados de los nuevos descubrimientos genéticos, la inclusión de la protección jurídica de los derechos a la vida, integridad física, honor (incluido el de las personas ya fallecidas), integridad moral, derechos de autor, intimidad (incluyendo el secreto profesional), la imagen, la voz, y otros⁴¹⁶. Esta misma doctrina habla de la privatización del Derecho constitucional por ejemplo en las Constituciones de Francia (1959), España (1978) y Alemania (1949), en las que aparecen mencionados los derechos de la personalidad, llenando así “el abandono que sobre este eje central contemplan los Códigos civiles decimonónicos, modestos para no decir deficientes, en la defensa de la persona en sus derechos esenciales”⁴¹⁷.

8. La conceptualización doctrinal de los derechos de la personalidad en España durante el siglo XX

8.1. PRIMEROS PASOS: RUIZ Y TOMÁS Y SU MENCIÓN A LA VOZ

Los estudios doctrinales sobre esta categoría durante la primera mitad del s. XX fueron escasos entre nuestros autores. Uno de ellos es el de VALVERDE Y VALVERDE, quien dedica un breve apartado de su

⁴¹⁶ FIGUEROA YÁÑEZ (2007), p. 376 sigue enumerando derechos que creemos no tienen tanta cabida en un Código civil (sí en las constituciones), como la educación, la información, reunión, asociación, trabajo, seguridad social, sindicación, desarrollar cualquier actividad económica lícita, al libre desarrollo de la propia actividad, a realizar actividades científicas y a buscar la verdad.

⁴¹⁷ FIGUEROA YÁÑEZ (2007), p. 335.

Tratado de Derecho civil al estudio del “derecho sobre la propia persona”, admitiendo que son varias las manifestaciones sobre el derecho a la propia persona, señaladamente y sin ánimo de exhaustividad, el honor, la integridad corporal, la libertad, el nombre o los derechos de autor. Sobre su naturaleza, se muestra conciliador (de una forma un tanto ambigua) al señalar que, aunque hay tanto autores que los consideran de naturaleza pública como otros de privada, para él dependerá de la naturaleza de la relación de cada derecho, “pues dentro de esos derechos que forman su contenido, l[o]s hay también de la competencia del derecho privado”⁴¹⁸. Está siguiendo, de esta manera, la teoría del sector doctrinal alemán de finales del s. XIX que los estudiaba desde el punto de vista privado⁴¹⁹, y que como vimos se fue consolidando en varios códigos civiles del entorno, aunque en España y como veremos más adelante no será hasta la LO 1/1982 cuando, de manera explícita, se protejan a nivel civil.

⁴¹⁸ VALVERDE Y VALVERDE (1909), pp. 214-215, citando a GIERKE. Con anterioridad a este profesor vallisoletano, se había realizado en España algún estudio separado de alguno de los derechos, como el de SASERA, *El honor en la legislación aragonesa*, Discurso, Zaragoza, 1892, y se había publicado la traducción del autor italiano CAMPOGRANDE de su trabajo “Los derechos sobre la persona propia”, de 1896, quien parte de una concepción similar a la del *ius in se ipsum* al entender que el objeto de estos derechos es “la misma persona humana dueña de ellos”. Aunque su concepción de los derechos de la personalidad sigue siendo bastante ambigua, debe salientarse la importancia de este artículo por hacer, cuando menos, un resumen de las posturas doctrinales existentes tanto en Alemania como Italia por aquella época, citando las concepciones del derecho de la propia persona de WINDSCHEID, FADDA, BENSA. Concluye que estamos ante un derecho que no es ni propiedad, ni pertenencia, ni posesión, ni un derecho patrimonial, sino que “su contenido se refiere a la libre disposición del cuerpo propio en los límites establecidos por la ley y con exclusión de toda persona”. CAMPOGRANDE (1896), p. 540. Por otra parte, este autor también puso el foco sobre el derecho privado, diciendo que los autores citados no se han dado “exacta cuenta de la importancia y desarrollo de que es susceptible la teoría de los derechos sobre la persona propia en el sistema del derecho privado” (pp. 541-542) y que, en general, los juristas se han olvidado, o no han conocido, la teoría de los derechos sobre la propia persona (p. 545).

⁴¹⁹ No obstante, y como bien señala VENDRELL CERVANTES (2014), p. 55, estos autores no integraron los derechos de la personalidad bajo la idea de un derecho subjetivo que se desenvuelve en un contexto patrimonial.

En 1931 RUIZ Y TOMÁS escribió *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, que según destacada doctrina supuso, realmente, la primera aceptación de la teoría de los derechos de la personalidad⁴²⁰. A pesar de que este estudio no ha sido objeto de mucha atención por la doctrina civilista, varios aspectos del mismo se adelantan notablemente a su tiempo e incluso a la doctrina posterior, por lo que consideramos que se merece un análisis detallado por lo menos en lo que se refiere a su parte introductoria⁴²¹.

La obra de RUIZ Y TOMÁS, si bien se centra en el Derecho específico a la propia imagen, plantea con carácter introductorio una síntesis de las opiniones de la época acerca de la cuestión de los derechos sobre la propia persona y las consecuencias teóricas y prácticas de su admisibilidad. Parte de que el Derecho privado admite facultades sobre la propia persona revestidas de la protección de la que gozan los derechos subjetivos, cuestión que señala que no toda doctrina comparte, seguramente “debido a prejuicios basados en razones históricas que impiden el reconocimiento de estos derechos”⁴²². Y de aquellos que sí los defienden, dice que todavía dudan sobre su naturaleza y alcance. Tras un nada desdeñable estudio sobre las discusiones en la doctrina

⁴²⁰ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 55, nota 98, quien también analiza en pp. 141-142 el tratamiento que RUIZ Y TOMÁS hace de la enajenabilidad del derecho a la propia imagen.

⁴²¹ Solo encontramos una brevísima recensión del libro, de autor desconocido, un año más tarde en la Revista general de legislación y jurisprudencia de 1932, vol. 81, núm. 161, p. 660, en la que se destaca que se trata de un “brillante ensayo” que trata un “tema sugestivo por su originalidad”, del que “poquísima o ninguna bibliografía anterior existe sobre problema que alcanza ya extraordinaria importancia en nuestra época”. Tras exponer en cinco líneas los asuntos sobre derecho de imagen de los que trata, termina diciendo que RUIZ Y TOMÁS “aporta soluciones prácticas para la tutela contra cualquier abuso lesivo al respeto de la persona por medio de la difusión, exposición o venta de su efigie”. Más recientemente, PALAZÓN GARRIDO (2003), p. 512, nota 51, lo cita al hilo de su advertencia sobre la transmisión *mortis causa* solo de alguna de las derivaciones del derecho de imagen, pero no del derecho en sí; y como ya dijimos, VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 55 y 141-142.

⁴²² RUIZ Y TOMÁS (1931), pp. 5-7. El autor señala la dificultad a la hora de abordar este estudio no por la escasez bibliográfica, “sino por la carencia absoluta de obras y artículos doctrinales respecto a muchos puntos concretos”, además de por la “indecisa y parca jurisprudencia” y por el temor “de las escasas innovaciones legales”.

comparada respecto a si la voluntad puede o no dirigirse a uno mismo⁴²³, defiende una distinción entre los derechos de la persona, por una parte, y el derecho de la personalidad, por otro, ya que asimila este último a la personalidad o capacidad jurídica. Así, entiende que confundirlos equivaldría a identificar la posibilidad abstracta de poder tener derechos, con su “específica extrinsecación”, es decir, con los propios derechos de la persona. Lo propio será, por tanto, hablar de personalidad para referirse a la capacidad jurídica, y de derechos de la personalidad para nombrar a los específicos derechos, entre los que cita a modo de ejemplo los derechos al propio cuerpo⁴²⁴, a la imagen y a la voz⁴²⁵.

No podemos dejar de señalar la importancia de esta última afirmación, pues muy seguramente sea RUIZ Y TOMÁS el primer autor que reconoce en el ordenamiento jurídico español a la voz como derecho de la personalidad, situándolo al mismo nivel que el derecho a la propia imagen. De nuevo vuelve a mencionar a la voz al sistematizar los derechos de la propia persona, pues al enumerar ejemplificativamente algunos de los derechos que constituyen la personalidad, señala el derecho a la voz a la par del derecho a la vida y del derecho al honor⁴²⁶. Seguramente encontremos su explicación en que el autor no desconocía que el autor alemán GAREIS no descartaba la existencia de un derecho a la propia voz⁴²⁷.

⁴²³ RUIZ Y TOMÁS (1931), pp. 9-14, demuestra un gran conocimiento de las diferentes posturas adoptadas en torno a este tema en la doctrina comparada (en especial las de PUCHTA, SAVIGNY, ARNDTS, RAVÁ, IHERING y CHIRONI).

⁴²⁴ Los derechos sobre el propio cuerpo los distingue de los derechos de la propia persona, pues aquellos son una de las categorías de los derechos de la propia persona, que tienen naturaleza diversa, mientras que el derecho sobre el propio cuerpo tiene una naturaleza, “en esencia, de índole física”. RUIZ Y TOMÁS (1931), pp. 22-27, donde también distingue los derechos de la propia persona de los derechos innatos.

⁴²⁵ RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 21.

⁴²⁶ RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 44.

⁴²⁷ Así lo expone RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 74, diciendo que GAREIS afirmaba, refiriéndose al derecho de la imagen, que la serie de estos pretendidos derechos no está cerrada aún, “pues se habla de un derecho a la propia voz”.

Respecto a la doctrina que se opone al reconocimiento de los derechos de la propia persona, RUIZ Y TOMÁS entiende que fundamentalmente son dos las objeciones que argumentan: una, la incapacidad de separar a la persona de los elementos que lo integran, y otra, el reputar absurdo que se considere la persona como objeto del derecho subjetivo, ya que este no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del mismo derecho⁴²⁸. Contra ello, señala que el ser humano tiene facultades sobre sí mismo que se traducen en derechos de la propia persona, derechos subjetivos que tiene el ser humano en cuanto que es dueño de sí mismo, de su cuerpo, de su espíritu, etc. Y puntualiza que se puede hablar en un sentido amplio, en el que los derechos de la propia persona comprenderían todas las facultades del ser humano, y otro en sentido restringido, aceptando solo las que el derecho objetivo reputa dignas de una elaboración legislativa especial y de una tutela adecuada a sus naturalezas⁴²⁹.

Finalmente, debemos destacar los caracteres que este autor señala para los derechos en la propia persona, pues respecto de alguno de ellos se adelanta varias décadas a lo que luego se tipificará en la LO 1/1982, e incluso en algún aspecto irá más allá. Comienza afirmando que bajo determinadas circunstancias podría ser alguno de ellos público, pero en general se consideran derechos privados; que el sujeto de los derechos es la persona “en la integridad de sus potencias y facultades”, y que el objeto está formado por el contenido de los elementos sobre los cuales recaen las diversas tendencias y aspiraciones que, en su conjunto, integran la personalidad. Continúa diciendo que son originarios, pues no se han tenido que obtener (como sucede con otros como la

⁴²⁸ El autor solo se centra en dos de las objeciones que señala la doctrina a la hora de reconocer estos derechos, aunque reconoce que “son numerosos los reparos que se hacen a los derechos de la propia persona”, pero algunos los considera de “tan marcada trivialidad”, que renuncia a exponerlos. RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 28.

⁴²⁹ RUIZ Y TOMÁS (1931), pp. 33-34. A continuación el autor expone que en su origen estas facultades o poderes son internas a la persona, pero que las normas jurídicas se ocupan de ellos por el “tránsito” del poder al exterior bajo la forma de característico derecho subjetivo, y pone como ejemplo la inteligencia, que se transforma cuando se plasma en un tratado científico, por lo que su autor tendrá derecho a que se respete este producto de su inteligencia.

propiedad, derecho al que coloca en el grupo de los derivados); absolutos, pues son eficaces *erga omnes*, y que los contratos sobre ellos son “nulos e inmorales” salvo aquellos que versen sobre actividades concretas que surjan de tales derechos, considerándose estos contratos válidos y legítimos. En cuanto a su transmisión *mortis causa*, afirma que los derechos pueden ser ejercidos por los herederos del titular, aunque no en toda su amplitud sino solamente en algún aspecto aislado, casi siempre moral, pero añade que en ocasiones también podría ser patrimonial. Es en este aspecto en donde sin duda va más allá que nuestra actual LO 1/1982, como tendremos ocasión de analizar más adelante⁴³⁰. Por último, también se detiene el autor a analizar la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de estos derechos, concluyendo que, si bien en un principio se trata de derechos de naturaleza personal, en la práctica podrían tener marcadas repercusiones patrimoniales⁴³¹. Esta afirmación tan sensata no será la tónica general de los estudios doctrinales posteriores sobre los derechos de la personalidad, pues en ellos se insistirá sobre su carácter extrapatrimonial por ser derechos que atañen al ser de la persona, en lugar de al tener⁴³².

En definitiva, podemos concluir que el ensayo de RUIZ Y TOMÁS deviene fundamental en nuestro trabajo por dos razones: la primera, evidente, por señalar a la voz como un derecho más de los derechos de la personalidad, en igualdad de condiciones que el derecho a la propia imagen, el derecho a la vida o el derecho al honor. Si bien no continúa desarrollándolo, su mera mención debe hacernos reflexionar acerca de su temprana aparición en la doctrina civilista, aparición que

⁴³⁰ Esta ley, como bien apunta OTERO CRESPO (2014), p. 1120, nada dice acerca de la transmisibilidad *post mortem* de los componentes comerciales que pueden estar asociados especialmente a los derechos de imagen.

⁴³¹ Por su claridad y novedad transcribimos aquí lo dicho por RUIZ Y TOMÁS (1931), p. 43, respecto de las posibles repercusiones patrimoniales de estos derechos: “En suma, nosotros, con la mayoría de los autores, atribuimos a los derechos de la propia persona naturaleza personal, sin embargo, no somos intransigentes y, propugnando una orientación flexible, comprendemos que siendo la íntima esencia de estos derechos, no ya personal, sino personalísima, a pesar de ello, pueden tener en la práctica marcadas repercusiones patrimoniales”.

⁴³² Resume esta problemática GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 616.

rápidamente cayó en el olvido tanto en nuestro ordenamiento como en los vecinos, y que no fue retomada hasta el último cuarto del siglo XX (y claramente con menor fortuna). Y la segunda, por su análisis sensato de los caracteres de los derechos en la propia persona, que en un intento de flexibilidad y transigencia, dirá que podrá comercializarse con ellos, que podrán tener repercusiones patrimoniales, y en el orden de su tutela *post mortem*, que los herederos podrán, excepcionalmente, ejercer los derechos del causante en aspectos patrimoniales, y no solo en los morales.

8.2. LA CONSOLIDACIÓN DE LA TEORÍA POR CASTÁN TOBEÑAS Y DE CASTRO Y BRAVO

A salvo de este excepcional estudio de RUIZ Y TOMÁS, la construcción dogmática de la categoría de los derechos de la personalidad se producirá en nuestro ordenamiento jurídico a mediados del s. XX gracias al empeño de los mayores civilistas de la época, nombradamente CASTÁN TOBEÑAS y DE CASTRO Y BRAVO⁴³³. El primero de ellos parte de la concepción de unos bienes personales “como la vida, el nombre y el honor”, que conforman la categoría de los derechos de la personalidad, derechos que, “a diferencia de los patrimoniales, garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad”⁴³⁴. Sobre el objeto de estos derechos, concluye que son los bienes constituidos por determinadas cualidades, físicas o morales, de las personas, que se encuentran individualizadas

⁴³³ Del primero, destaca su artículo “Los derechos de la personalidad”, publicado en 1952 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y de DE CASTRO Y BRAVO tanto su artículo en el *Anuario de Derecho Civil*, “Los llamados derechos de la personalidad”, de 1959, como su tratado *Derecho Civil de España*, de 1952, que fue fundamental para la enseñanza de esta categoría en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Así, se empezó a dar importancia al estudio de la persona en Derecho español. En países vecinos como Portugal, DE CARVALHO (2012), p. 253, nota 18, destaca que sobre 1954 no se daba a los alumnos “*a mínima ideia da importancia básica da Pessoa e da sua tutela*”, y que no le consta que antes de la Revolución del 25 de abril de 1974 nadie hubiese estudiado sistemáticamente los derechos de la personalidad, salvo él mismo, desde 1970.

⁴³⁴ CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 6-8. El autor hace un repaso histórico por los orígenes de esta categoría, para después analizar las diferentes posturas doctrinales que se dan sobre su naturaleza jurídica (pp. 9-16).

por el ordenamiento jurídico, y que son verdaderos derechos subjetivos⁴³⁵. Los caracteriza como innatos, privados, absolutos, extrapatrimoniales, intransmisibles e indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles⁴³⁶. Expone las diferentes clasificaciones que de ellos ha dado, especialmente, la doctrina italiana, en base a la cual propone una catalogación en la que da gran importancia al derecho al nombre, pasando a continuación a distinguir aquellos derechos que protegen la existencia física (vida, integridad física, y derechos de disposición sobre el cadáver), de los que protegen la existencia moral: libertad personal, honor, intimidad y derecho de autor. Debemos precisar que realmente el autor no establece un solo derecho a la intimidad, sino que bajo la expresión de “los derechos a la esfera secreta de la propia persona”, engloba un conjunto de derechos que protegen la inviolabilidad de la vida privada contra las intromisiones y las indiscreciones ajenas, que identifica, en el derecho anglosajón, con el *Right of privacy*, y en el italiano con el derecho a la *riservatezza*. Así, entiende que las manifestaciones más destacadas de este derecho son el secreto de la correspondencia y el derecho a la imagen⁴³⁷. Nos gustaría remarcar que CASTÁN TOBEÑAS no acota el genuino derecho a la intimidad a estos dos derechos, sino que parece que se trata de un concepto abierto. En este aspecto, sigue al autor italiano DE CUPIS, quien efectivamente engloba otros aspectos de la personalidad, como la voz. Para este último, la personalidad individual no está menos impregnada en la voz que en la imagen, siendo la voz un rasgo tan íntimo que la persona debe tener la facultad de permitir o prohibir su reproducción. Diferencia la protección de la voz en el ámbito teatral o cinematográfico, en donde quedaría protegida por el derecho a la imagen (“pues el retrato también está integrado por la voz y el gesto de la persona”), de la simple reproducción de la voz de una persona, separada de la imagen, y que también puede reputarse ilegítima⁴³⁸.

⁴³⁵ CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 17-21.

⁴³⁶ CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 22-23.

⁴³⁷ CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 32-54.

⁴³⁸ DE CUPIS (1959), p. 294, justificándolo en la posibilidad de que la voz se reproduzca, por medio de grabaciones fonográficas, de manera separada a la imagen, razón por la que a la voz no se le debe negar la protección que ya se da a la imagen de

No obstante, y pese a las ideas del autor italiano, CASTÁN no parece reparar en tal derecho a la voz, y aun reconociendo un derecho a la imagen, para él los casos más importantes podrían ser amparados por el derecho al honor o por el derecho penal si llegasen a constituir una injuria. Y a falta de una disposición normativa, el art. 1902 CC será la base de la reclamación por daños y perjuicios cuando la reproducción y la difusión de la imagen hayan originado, culposamente, un daño material o moral en el titular del derecho⁴³⁹.

En definitiva, vemos en la exposición de CASTÁN una mayor rigidez en la configuración de los derechos de la personalidad que la expresada anteriormente por RUIZ Y TOMÁS, señaladamente en lo que se refiere a la nota de la extrapatrimonialidad *tout court*. Además, aunque parece dejar abierta la puerta al reconocimiento de otros derechos, por ejemplo, el de la voz, dentro de los denominados “derechos a la esfera secreta de la propia persona”, no lo menciona expresamente, a diferencia de como sí lo hizo su predecesor.

Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO trató el tema de los derechos de la personalidad en varios de sus trabajos. Al contrario que CASTÁN, entiende que se deben catalogar como bienes jurídicos, y no como derechos subjetivos⁴⁴⁰. Justifica su protección en base al deber de respeto general de la persona y a un grupo de facultades personales concretadas en el actuar libre de la persona, en realidades exteriores a ella como el nombre o la imagen⁴⁴¹. Sobre la enumeración de los

las personas. El autor italiano sigue a otros colegas alemanes como CITRON, de quien cita el trabajo “Das Recht an Klang und Geste”, de 1901, p. 67, en el que defiende que debe concederse a todas las personas, y no solo a los artistas, protección contra la reproducción in consentida de sus palabras o de cualquier actuación sonora.

⁴³⁹ CASTÁN TOBEÑAS (1952), p. 57.

⁴⁴⁰ El sentido en el que utiliza el término “bien” es el de “valor beneficioso, aprovechable o positivo de una realidad personal, social o material. Se trata de un tipo de bienes no materiales, aquellos que han sido considerados objetos de los derechos de la personalidad”. Aunque aquí los califica de “derechos”, a continuación remarca que podrían ser designados mejor que con una vaga referencia a la esfera moral y a lo subjetivo del dolor, como “bienes de la personalidad”. DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1262.

⁴⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1263.

derechos de la personalidad, considera adecuado que difieran unos autores de otros, pues la “pretendida separación de cualidades, modos de ser, atributos de la personalidad, suponen cortes necesariamente imprecisos de la esfera personal”⁴⁴². De hecho, DE CASTRO no realizará una clasificación de estos derechos, lo que refuerza su idea de considerarla una categoría abierta. Por otro lado, este gran civilista es claramente precursor en lo que se refiere a los remedios a los que cabe acudir cuando se atacan los bienes de la personalidad: aunque dedica más esfuerzos a explicar la indemnización de daños y perjuicios en caso de daño intencionado, no deja de mencionar la figura del enriquecimiento injustificado de los bienes de la personalidad que, en su opinión, origina la obligación de abono del beneficio obtenido⁴⁴³.

Sentadas las bases en el ordenamiento jurídico español de los derechos de la personalidad por CASTÁN y DE CASTRO⁴⁴⁴ –y, aunque sin restar importancia a lo anterior, cayendo desgraciadamente en el olvido algunos de los interesantes postulados de RUÍZ Y TOMÁS– fueron varios los autores que durante la segunda mitad del s. XX se interesaron por esta categoría de derechos, destacando GITRAMA, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, BELTRÁN DE HEREDIA, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALONSO PÉREZ, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LÓPEZ JACOISTE o SALVADOR

⁴⁴² DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1258.

⁴⁴³ DE CASTRO Y BRAVO (1959), p. 1261. Como bien hace notar VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1149, nota 163, es cuando menos curioso que DE CASTRO utilice este argumento para afirmar que la configuración de los bienes de la personalidad como derechos subjetivos llevaría a ignorar que su aprovechamiento injustificado conlleva una obligación de reintegrar el beneficio obtenido, algo que, como veremos más adelante, sí ha sucedido. Aunque como continúa diciendo VENDRELL, su configuración como derechos subjetivos ha sido un elemento idóneo para la aplicación de la *condictio* por intromisión.

⁴⁴⁴ Hubo otros civilistas que trataron el tema a lo largo de sus obras de derecho civil, como fue el caso de MARTÍN-BALLESTERO (1959), quien en su libro *Síntesis y guía del Derecho civil, T. I, Parte General*, trata brevemente (pp. 317-327), el tema que aquí nos ocupa, y para quien se trata más bien de simples bienes, atributos o facultades de la personalidad, más que de derechos. Este autor ya había acogido con reservas la categoría en su conferencia *La persona humana y su contorno*, pronunciada en la apertura de curso 1948-1949 en el Centro de Estudios Universitarios de Madrid.

CODERCH⁴⁴⁵. Por considerarlos más próximos o incluso algunos contemporáneos a nuestro tiempo, iremos mencionando algunos de los rasgos de sus teorías sobre esta categoría dogmática a lo largo del capítulo siguiente.

⁴⁴⁵ En 1962 GITRAMA GONZÁLEZ realizó un pormenorizado estudio en la voz “Imagen (derecho a la propia)” de la *Nueva Enciclopedia Jurídica* (tema sobre el que volvería en 1988 con su trabajo “El derecho a la propia imagen, hoy”). De 1974 es el también minucioso estudio de DE ÁNGEL YÁGÜEZ “La protección de la personalidad en el Derecho privado”. Por su parte, de BELTRÁN DE HEREDIA es fundamental su Discurso “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, de 1976. También de este año es el libro de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *Derecho de la persona*, en el que incluye varios capítulos dedicados a los derechos de la personalidad. Ya promulgada la LO 1/1982, sobre el papel central de la persona, ALONSO PÉREZ escribió, en 1983, unas “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España”. Tanto este último autor como GITRAMA GONZÁLEZ (1962), p. 303, entienden que en esa época se empieza a considerar a la persona humana como primordial en todas las disciplinas jurídicas, llegándose a decir que el Derecho se inspira “por un humanismo más verdadero que el de 1804”. Por otra parte, CLAVERÍA GOSÁLBEZ escribió en 1983 y 1984 dos estudios sobre los derechos de la personalidad. Finalmente, el trabajo de LÓPEZ JACOISTE, “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, de 1986, o los estudios coordinados por SALVADOR CODERCH en *El mercado de las Ideas*, con un enfoque más económico, dieron el empujón final al reconocimiento pleno de la categoría de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO II

CUESTIONES ACTUALES Y PROBLEMÁTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, EN GENERAL, Y DEL DERECHO A LA VOZ, EN PARTICULAR

1. Introducción

Una vez abordada la protección de la personalidad desde una perspectiva histórica, en este capítulo realizaremos un breve barrido por las cuestiones que consideramos más relevantes hoy en día relativas, en general, a los derechos de la personalidad y, en particular, al derecho a la voz. Todas ellas afectarán a lo que expongamos en los siguientes capítulos sobre la protección jurídica de la voz, pero que por ser más genéricas y en la medida en la que sientan las bases de nuestra concepción de los derechos de la personalidad, consideramos apropiado su estudio por separado. Además de tratarse de cuestiones actuales, añadimos conscientemente el término “problemáticas” porque no pocos autores han instado a “pensar por problemas” cuando abordan esta categoría dogmática, ya que de esta forma llegan a extraer enriquecedoras soluciones⁴⁴⁶. A algunos de estos “problemas” ya se han dado respuestas que gozan de gran consenso, sirva de ejemplo la concepción de los derechos de la personalidad precisamente como derechos (y no como bienes o meros atributos de la personalidad), o su catalogación como verdaderos derechos subjetivos, por lo que ya no nos detendremos en ellos. Otras cuestiones, en cambio, siguen siendo problemáticas y por tanto no exentas de discusión, por lo que vemos necesario establecer las premisas básicas de las que partimos para una

⁴⁴⁶ Entre las últimas autoras que ha adoptado este enfoque, GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 598 y ss., citando a LÓPEZ JACOISTE y a DUMOULIN. También CLAVERÍA (1984), p. 1244, explica que sacará a colación “alguno de los problemas” que reputa más importantes surgidos de la por entonces nueva LO 1/1982, “sugiriendo vías de solución para ellos”.

mejor comprensión de las vías de protección que propondremos (o rechazaremos) cuando nos encontremos ante usos inconsistentes de la voz de las personas.

Las premisas a las que nos referimos son, en síntesis, la consideración del carácter abierto de la categoría de los derechos de la personalidad; la indiscutible protección constitucional de varios de ellos; el catálogo no exhaustivo de intromisiones ilegítimas; la diferente consideración de la facultad de revocar el consentimiento para la intromisión cuando estemos ante meras autorizaciones unilaterales o ante cesiones contractuales; la clara vertiente patrimonial de los derechos de la personalidad incorporal; su necesaria protección *post mortem*, tanto de los aspectos personales como patrimoniales; y su autonomía respecto de otras instituciones jurídicas de la rama de la propiedad intelectual que, en algunos casos, podrían ofrecer también protección a una misma realidad. A su estudio en detalle nos referiremos en las siguientes páginas.

2. ¿Estamos ante un sistema abierto o cerrado de derechos de la personalidad?

2.1. LA CONFIGURACIÓN DE LA CATEGORÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1.1. Las teorías monista, pluralista e intermedia

Como adelanto de nuestra postura, señalamos la gráfica concepción que de esta categoría tenía el profesor HEREDIA Y CASTAÑO, quien prefería hablar de “derechos de la personalidad” y no de “*los* derechos de la personalidad”, puesto que esto último cerraría el círculo casuístico de los mismos. Añadía que el propio momento histórico puede determinar que se vayan configurando distintos derechos, lo que no obsta a que se pueda sentar un principio general que a todos pueda servir de apoyo⁴⁴⁷. Como hemos analizado en el capítulo precedente, a lo

⁴⁴⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (1976), p. 29. Aún más gráficamente, otro gran civilista de la vecina Italia, RAVÀ, se mostraba un tanto desbordado por la categoría

largo de la historia se pasó de una protección eminentemente del honor –cuyo significado fue variando– a otra mucho más omnicomprendiva de la personalidad, reconociéndose derechos a la luz del progreso de las sociedades para evitar formas nuevas de intromisión. Caso paradigmático fue la generada por la invención de la fotografía, que supuso el reconocimiento del derecho a la propia imagen. No corrió la misma suerte, por lo menos en lo que se refiere a su reconocimiento legislativo y jurisprudencial, el derecho a la voz, voz que comenzó a poder ser fijada y reproducida gracias a la invención del fonógrafo. En todo caso, la evolución de la protección de la personalidad fomentó que se formularan diferentes teorías sobre la forma de clasificar estos derechos.

Tradicionalmente, las teorías sobre el alcance de la categoría han sido varias: (i) desde la monista, en la que solo habría un derecho de la personalidad del que dimanarían diferentes facultades⁴⁴⁸, (ii) hasta la pluralista, en la que habría múltiples derechos de la personalidad de carácter autónomo, (iii) pasando por una teoría intermedia conformada, por un lado, por derechos específicos de la personalidad, y por otro, por un derecho general de la personalidad que actuaría como figura supletoria de los vacíos dejados por el elenco anterior⁴⁴⁹.

al expresar, hace más de un siglo, que “era una suerte de almacén en el que amontonar una serie de instituciones que no había donde colocarlas”. Citado por RESTA (2014), p. 84. Lo cierto es que, como bien expresa GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 598, “la propia idea de protección de la personalidad humana no cohonesta demasiado bien con un elenco cerrado de derechos”.

⁴⁴⁸ La tesis monista permitiría obtener protección directa de todo aspecto de la personalidad susceptible de ser lesionado, con la ventaja de no tener que ir creando figuras o derechos nuevos a medida que vayan apareciendo nuevos aspectos vulnerables o riesgos nuevos para la personalidad. DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 57. A salvo de PUIG-FERRIOL, no encontramos a autores defensores de esta postura.

⁴⁴⁹ Modelo paradigmático de la postura intermedia es el alemán, de la que ya decía GIERKE (1836), p. 704, que “Los derechos de la personalidad se hallan en parte ya desarrollados y reconocidos; en parte, todavía por nacer. Los ya reconocidos constituyen los derechos especiales de la personalidad; los demás forman el derecho general, un poco vago e indefinido, de la personalidad. Los primeros, concretados en determinadas y estables figuras jurídicas, a veces sancionados también legislativamente, no agotan, por tanto, toda la materia, sino que dejan lagunas que

En el caso español, se ha dicho que nuestro ordenamiento sigue la teoría pluralista, cuyo fundamento sería la existencia de múltiples derechos de la personalidad de carácter autónomo, y cuyo objeto no sería la propia persona, sino las cualidades, partes, bienes, intereses o atributos de la misma⁴⁵⁰. No obstante, otro sector doctrinal aboga por la existencia de un derecho genérico y flexible al libre desarrollo de la personalidad, que actúe como válvula de flexibilización al lado de los derechos concretos⁴⁵¹.

2.1.2. Consecuencias del reconocimiento constitucional de un “núcleo duro” de derechos de la personalidad

Siguiendo cualquiera de estas dos últimas teorías, lo que está claro es que algunos de estos derechos se han reconocido con rango de derechos fundamentales en nuestra norma suprema: los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE y desarrollados por la LO 1/1982⁴⁵², o el derecho a la protección de datos personales derivado del art. 18.4 CE. Que el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen se encuentren expresamente regulados al máximo nivel constitucional constituye no solo la mayor garantía de protección que se le puede dar a un derecho, sino también una afortunada anomalía en comparación con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pues solo aparecen en la Constitución portuguesa de 1976 (art. 26) y, desde finales de la década de los ochenta se han introducido en algunas Constituciones

deben llenarse cuando el conocimiento del derecho lo requiere; esto es, cuando se advierte la necesidad de hacer referencia al derecho general de la personalidad y de extraer de este fondo gris, de este confuso vivero, un nuevo derecho especial, neto y preciso”.

⁴⁵⁰ En este sentido, GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 598.

⁴⁵¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1984), p. 105. Como veremos, también es esta la tesis defendida por ROCA TRÍAS (2019), p. 3. Por su parte, VENDRELL CERVANTES (2014), p. X no parece reconocer que exista tal cláusula general, si bien habría visto con buenos ojos que el constituyente español se abstuviese de garantizar los tres derechos concretos de la personalidad en el art. 18.1 CE y, en su lugar, hubiese garantizado la protección general de la personalidad mediante una cláusula general, que incluso podría haberse formulado bajo la estructura de un derecho fundamental, y que permitiría un régimen jurídico de protección más flexible.

⁴⁵² Referencia en ap. 6.2.1., cap. I, nota 293.

Iberoamericanas como por ejemplo la brasileña de 1988 (art. 5) o la peruana de 1993 (art. 2)⁴⁵³.

Una de las consecuencias del reconocimiento constitucional de los derechos de la personalidad y su posterior desarrollo por Ley Orgánica es su igual regulación en todo el territorio español. Lo cierto es que, si estuviésemos ante un reconocimiento meramente civil, se podría dar el caso de que –debido a la situación de plurilegislación presente en nuestro ordenamiento jurídico– algunas comunidades autónomas hubiesen regulado determinados aspectos de estos derechos en base a la facultad que el siempre controvertido art. 149.1. 8ª⁴⁵⁴ les confiere para la “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles de las comunidades autónomas⁴⁵⁵. En este sentido, no sería descabellado pensar en la hipotética regulación autonómica de algunos aspectos de los derechos de la personalidad, por ejemplo, el plazo de caducidad de las acciones frente a las intromisiones ilegítimas, o una

⁴⁵³ PARDO FALCÓN (2005), pp. 347-348. De todas formas, a este autor no le parece que la redacción del art. 18.1 CE fuese objeto de especial atención por el constituyente español de 1978, pues en un momento histórico en el que se pasaba de un modelo autoritario a otro democrático las prioridades parecían otras, más vinculadas a derechos políticos que asegurasen el buen tránsito de régimen. De hecho, el reconocimiento de estos derechos, tanto en nuestro ordenamiento como en varios de los vecinos, dice que se debió más al hecho de que era necesario establecer un contrapeso a las libertades de expresión e información, que a regular unos derechos que hoy ya se entienden básicos en nuestro sistema, pero por aquel entonces no. Si bien estos derechos ya estaban en la etapa preconstitucional garantizados, en mayor o menor medida, por los tribunales desde la STS de 1912, no será hasta la promulgación de la LO 1/1982 y, sobre todo, a la labor del Tribunal Constitucional durante los primeros años de su vigencia, que se consiga fijar el contenido de cada derecho tal y como lo conocemos hoy.

⁴⁵⁴ Sobre el eterno y complejo conflicto competencial en materia de Derecho civil, entre los trabajos más recientes *vid.* GARCÍA RUBIO (2019 A), pp. 1-43 y (2017 A), pp. 1-33.

⁴⁵⁵ A ello habría que añadir la dificultad de determinar a quién se le aplicaría esta hipotética regulación, dadas las divergencias de los Tribunales a la hora de determinar los criterios de aplicación de un ordenamiento civil u otro. Sobre esta y otras dificultades del pluralismo jurídico español, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2012), p. 15 y (2017), p. 47, quien sostiene que la eficacia territorial del Derecho civil de Cataluña no es una idea ni suficiente ni necesaria para la aplicación del Derecho civil catalán en Cataluña, premisa que vale para el resto de Derechos civiles españoles.

diferente o más detallada tutela de la protección *post mortem* de estos derechos. En EEUU (y aun a pesar de las diferencias que su sistema de *common law* conlleva en este ámbito con respecto al nuestro), resulta un verdadero problema la diferente regulación por parte de los Estados del alcance del *Right of Privacy* y *Right of Publicity* cuando no está clara cuál legislación estatal se debe aplicar a determinada persona⁴⁵⁶.

2.1.3. La existencia de “otros” derechos de la personalidad fuera de ese “núcleo duro”

Fuera de este “núcleo duro” que supondrían aquellos derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, actualmente la doctrina no duda en incluir otros que podríamos denominar “nuevos derechos de la personalidad”. Así, el derecho a la identidad o el derecho a la propia voz, en cuanto protectores de la integridad personal se entenderían insertos en los derechos de la personalidad. La dificultad estribará en determinar, en cada uno de ellos, el fundamento normativo, dogmático o jurisprudencial en el que basar su existencia, pues no contamos con ningún elenco normativo de derechos. Como vimos, nuestro Código civil no contiene norma alguna relativa a los derechos de la personalidad, a diferencia de, por ejemplo, el italiano. Además, aunque no deja de ser cierta la máxima de que el Código civil pone a la persona

⁴⁵⁶ Uno de los casos que mejor muestra esta problemática es el de los titulares de los derechos *post mortem* de Marilyn Monroe, quienes trataron de que se le aplicase la regulación californiana (que prevé un *post mortem right of publicity*). Pero los tribunales concluyeron que el último domicilio de la celebrity había sido Nueva York, Estado que, si bien dispone de un *right of publicity*, no se ha desarrollado en su vertiente *post mortem*. Sentencia de 30 de agosto 2012: “*Because Monroe died domiciled in New York, New York law applies to the question of whether Monroe LLC has the right to enforce Monroe’s posthumous right of publicity. Because no such right exists under New York law, Monroe LLC did not inherit it through the residual clause of Monroe’s will, and cannot enforce it against Milton Greene or others similarly situated. We observe that the lengthy dispute over the exploitation of Marilyn Monroe’s persona has ended in exactly the way that Monroe herself predicted more than fifty years ago: “I knew I belonged to the Public and to the world, not because I was talented or even beautiful but because I had never belonged to anything or anyone else” (Marilyn Monroe, My Story 123-24, Cooper Square Press 2000)*”. Fundamento IV [10] de la sentencia de la Corte de Apelaciones del 9th Circuit, *Milton H. Greene Archives, Inc. v. Marilyn Monroe LLC*, 692 F.3d 983 (2012), Accesible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2012/08/30/08-56471.pdf>.

como centro del sistema, compartimos las palabras de ROCA TRÍAS al afirmar que hoy esta tesis debe reexaminarse debido a la entrada en escena de los derechos fundamentales, construyéndose el Derecho de la persona desde el punto de vista constitucional, lo que genera que se produzca una intersección de dos planos en donde se contienen las respectivas reglas⁴⁵⁷. Así las cosas, el legislador español, en opinión de PARRA LUCÁN, no ha acometido una labor de desarrollo sistemático de un Derecho Constitucional de la persona, por lo que será tarea del intérprete el ir construyendo el sistema actual de Derecho de la persona –en lo que aquí nos interesa, respecto de los derechos de la personalidad–, atendiendo a una diversidad de fuentes legislativas que, ni responden a un mismo impulso, ni son aplicadas por órganos con igual origen y ámbito de actuación⁴⁵⁸.

2.1.4. La paradoja de una Ley Orgánica de protección “civil” de derechos constitucionales

A todo lo anterior se suma la paradoja que supone que los derechos del art. 18.1 CE se hayan desarrollado, como derechos fundamentales que son, mediante la aprobación de una Ley orgánica que, seguramente debido a que su ejercicio mayoritario se realiza entre particulares, contiene una protección denominada como “civil”, y no constitucional. Aunque hubo voces que consideraron que lo que estaba haciendo el legislador era regular civilmente los derechos de la personalidad, a semejanza de lo hecho en otros ordenamientos vecinos como Italia o Portugal en sus Códigos civiles, el régimen de la LO 1/1982 no contiene simplemente un régimen civil, sino que este forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE⁴⁵⁹. Esto podría

⁴⁵⁷ ROCA TRÍAS (2019), pp. 3-4, para quien el núcleo de la Codificación de los derechos de la persona, en toda su extensión, ya no se encuentra en el Código civil. Lo cierto es que este proceso no es aislado, pues como expresa DELGADO ECHEVERRÍA (2019), p. 7, con la norma magna el Código civil dejó definitivamente de ser el portador de la “constitución civil”, es decir, del modelo de familia, de propiedad, de herencia, de contratos, para sujetarse, al igual que el resto de Derechos civiles españoles, a la Constitución política, produciéndose una “constitucionalización del Derecho civil”.

⁴⁵⁸ PARRA LUCÁN (2018), p. 370.

⁴⁵⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 72-73.

ser un argumento para entender que, debido a la mención que del nombre y de la voz se hace en el art. 7.6 LO 1/1982 (cuyo uso, al igual que el de la imagen, sin consentimiento de su titular y con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga constituye una intromisión ilegítima prohibida por dicha ley), estos dos rasgos normativos forman parte del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 18.1 CE.

2.1.5. Breve apunte de Derecho comparado

El carácter abierto de la categoría también se defiende en otros ordenamientos como el italiano⁴⁶⁰, el portugués⁴⁶¹ o el suizo. En este último, el art. 28 de su Código civil evoca la noción de personalidad sin proceder a una enumeración de los concretos derechos de la personalidad, dejando así vía libre a la jurisprudencia para adaptar esta noción general y abstracta en función de las realidades de una sociedad que se enfrenta constantemente a nuevas técnicas y desafíos, por lo que cualquier catalogación de derechos de la personalidad se dice que “no puede ser exhaustiva, no hay *numerus clausus*” en este ámbito⁴⁶².

⁴⁶⁰ RESTA (2014), p. 86.

⁴⁶¹ MORAIS ANTUNES (2012), p. 61, diciendo que la protección legal debe extenderse a todos los bienes jurídicos de la personalidad que, aunque no estén especialmente delimitados, deban considerarse objeto de un derecho de la personalidad, apoyándose en el sentido de la propuesta del Anteproyecto de VAZ SERRA en materia de responsabilidad civil. También GUIMARÃES (2017 B), pp. 293 y 311, entendiendo que la categoría no se compadece con un *numerus clausus* de derechos, pues necesariamente se referirían a concepciones determinantes de una época, mientras que la personalidad humana requiere una protección civil en todas sus manifestaciones previsibles e imprevisibles, adaptándose a la evolución de los ataques que pueda sufrir; remarca la necesaria plasticidad del derecho general de la personalidad en el Derecho portugués, remarcando que “solo una disciplina civilística verdaderamente “humanista”, consciente del papel fundacional de la persona humana en su seno, que se asuma como un Derecho que nace y vive al servicio de la persona humana, podrá acompañar al “admirable mundo nuevo” en el que vivimos. También PEDRO (2017), p. 703, concibe que la protección de los bienes personales está impregnada de una perspectiva dinámica y evolutiva, abierta al florecimiento de los atributos de la persona.

⁴⁶² En palabras de JEANDIN (2010), p. 250. Aun considerándolos una categoría abierta, este autor propone una clasificación de aquellos derechos de la personalidad más

En EEUU también hay muchos Estados que contemplan normas protectoras de un elenco abierto de atributos de la personalidad. Por ejemplo, en la regulación del *right of publicity* en el *Code of Alabama, section 6-5-771*, se indica como “indicios de identidad”, todos aquellos atributos de la persona “*that serve to identify that person to an ordinary, reasonable viewer or listener, including, but not limited to, name, signature, photograph, image, likeness, voice, or a substantially similar imitation of one or more of those attributes*”. Nótese la expresión “*not limited to*”.

En definitiva, hoy la mayoría de la doctrina, tanto española como comparada, acepta que la categoría de los derechos de la personalidad es “estructuralmente móvil”, con límites que varían en función del momento histórico y necesidades de protección de la sociedad, lo que trae como consecuencia que cualquier intento de concretización de los derechos que la conforman sea meramente estimativo. El concepto de derechos de la personalidad es, por tanto, abierto, no habiendo nada que impida en un futuro englobar nuevos derechos o, incluso, excluir alguno ya existente⁴⁶³.

2.2. LA DIGNIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO VÁLVULAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE NUEVOS DERECHOS

2.2.1. Derecho español: el art. 10.1 CE

El hecho de defender un elenco abierto de derechos de la personalidad nos lleva a preguntarnos por las fuentes con las que tal elenco puede ampliarse. En este punto, es fundamental el art. 10 CE, cuyo apartado primero consagra la dignidad de la persona, los derechos

usualmente reconocidos como tales, en función de la finalidad de protección, estableciendo tres categorías que corresponden a los derechos de la personalidad física, emocional y social. La voz se encontraría dentro de esta última categoría, a la par que el derecho a la imagen.

⁴⁶³ Sobre la exclusión de derechos, este fue el caso, en el ordenamiento alemán, del derecho de marca, que pasó de ser un derecho de la personalidad –pues así lo había entendido KOHLER– a uno de propiedad intelectual. BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 129.

inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como valores fundamentales del orden político y la paz social. Dejando al margen la discusión sobre si el art. 10.1 CE enuncia o no derechos⁴⁶⁴, en este apartado nos centraremos en la dimensión del art. 10.1 CE como posible cláusula de fundamentación de derechos.

Esta cláusula permitiría, para un sector doctrinal, una protección integral de la persona, que no consistiría solo en los derechos tipificados por la CE, sino que podría dar cobijo constitucional a todos los derechos de la personalidad⁴⁶⁵. En esta línea, el art. 10.1 CE se consideraría una de las “cláusulas de integración de derechos fundamentales” –cláusulas que son las que sirven de consagración y reconocimiento previo de los grandes principios en que se fundamentan los derechos– y que al referirse a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, estaría estableciendo un principio abierto de recepción constitucional de nuevas dimensiones de los valores ya positivizados constitucionalmente, que se ponen de manifiesto por la aparición de nuevas circunstancias de hecho⁴⁶⁶.

Por el contrario, otro sector doctrinal entiende que el apartado 1 del art. 10 CE no sirve de cláusula generadora de nuevos derechos fundamentales distintos de los reconocidos en la propia norma constitucional. Así, tanto la dignidad humana como el libre desarrollo de la personalidad solo se irradiarían a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Por lo tanto, quedarían fuera de la

⁴⁶⁴ En opinión de JIMÉNEZ CAMPO (2018), p. 214, estamos ante un elenco de principios carentes, por su generalidad y abstracción, de supuestos de hecho definibles. Consecuentemente, no se pueden presentar como derechos fundamentales ninguno de ellos, justificándolo en que nada dice, a estos efectos, el objeto protegido por el recurso de amparo constitucional. No obstante, la STC 92/2013, de 23 de abril, F.J. 9 (RTC 2013/92), se refiere al libre desarrollo de la personalidad como “derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE”. Por último, la reciente STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019/99), se refiere al “principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona” (F.J. 4º).

⁴⁶⁵ ROCA TRÍAS (2019), pp. 3-4.

⁴⁶⁶ DE LA QUADRA SALCEDO (1980), p. 131.

cobertura garantista de los derechos fundamentales aquellos derechos de la personalidad no reconocidos expresamente en la Constitución⁴⁶⁷.

Avanzando un poco más, según esta postura se podría entender que la cláusula del art. 10.1 CE sí que sirve para reconocer nuevos derechos de la personalidad sin conferirles a estos el rango de fundamentales. Aquí debemos diferenciar lo que sería una cláusula general de protección de la personalidad, por un lado, y un derecho general de la personalidad, por otro. En el ordenamiento español, entendemos que la cláusula del art. 10.1 CE se encuadraría en el primer grupo⁴⁶⁸, pudiendo perfectamente erigirse como medio que complete la protección otorgada por los derechos de la personalidad específicamente tipificados⁴⁶⁹, por dos motivos: por un lado, por ser idea consolidada que todos los derechos de la personalidad tienen como contenido mínimo la dignidad del ser humano⁴⁷⁰; y por otro, porque la expresión

⁴⁶⁷ Esta es la opinión de GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 600-609, a la que llega tras analizar pormenorizadamente, desde los postulados de la doctrina constitucionalista, varias cuestiones atinentes a la relación entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad (entre otras, la diferencia entra la concepción formal y la material de los derechos fundamentales; el carácter multinivel de las fuentes de derechos fundamentales, o la ya consensuada afirmación de que los derechos fundamentales se proyectan tanto en las relaciones de naturaleza pública como en las de naturaleza privada).

⁴⁶⁸ El ordenamiento suizo, por ejemplo, contiene en el art. 13 de su Constitución una cláusula general de protección de la personalidad. Otros ordenamientos jurídicos presentan una cláusula general de protección de la personalidad en sede privada, como es el caso portugués, que en el art. 70 de su Código civil consagra la tutela de la personalidad. La doctrina estima que esta cláusula es la razón principal por la que no se puede establecer un elenco cerrado de derechos de la personalidad. En este sentido, CARVALHO FERNANDES (2012), p. 231, añadiendo como segundo argumento que sostiene el carácter abierto de la categoría, que el texto constitucional reconoce y regula otros derechos, no nombrados por el Código civil, pero cuya naturaleza los permite encuadrar en la categoría de derechos de la personalidad.

⁴⁶⁹ Así lo entienden, entre otros, MONTÉS PENADÉS (2009), pp. 1394-1395; GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 611, y VENDRELL CERVANTES (2014), p. 39.

⁴⁷⁰ GARCÍA GARNICA (2008), p. 153; ENCABO VERA (2012), p. 11. Incluso en ordenamientos de *common law* como el inglés, en donde el reconocimiento de derechos de la personalidad es bastante difuso, se afirma que “*reputation is an integral and important part of the dignity of the individual*”. BEVERLEY-SMITH

“libre desarrollo de la personalidad” puede servir de válvula para el reconocimiento de nuevos derechos de la personalidad⁴⁷¹.

La primera de las posturas comentadas –aquella que entendía la cláusula del art. 10.1 CE como un principio abierto de recepción constitucional de nuevas dimensiones de los valores ya positivizados constitucionalmente – se asemeja a aquellos casos en los que se ha buscado un nexo entre, por un lado, un derecho ya reconocido y, por otro, una nueva dimensión del mismo que sirva para hacer una interpretación amplia del derecho fundamental en el cual se quiere incluir el de la personalidad. Así ha procedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁴⁷², en el que incluye no solo el derecho al nombre, sino también y como veremos,

(2002), p. 251, citando la sentencia *Reynolds v. Times Newspaper Ltd* [1999] 3 WLR 1010, 1023 per Lord Nicholls.

⁴⁷¹ El TC ha dictado ya un buen número de sentencias en las que, refiriéndose a la dimensión positiva de determinados derechos fundamentales (señaladamente, los protegidos en los arts. 15 y 18.1 y 2 CE), al libre desarrollo de la personalidad y a la plena efectividad de aquellos, ha ensanchado notablemente esos derechos para englobar, por ejemplo, la tutela ante la contaminación acústica (STC 119/2011), la denegación de una prórroga de licencia por enfermedad (STC 220/2005, de 12 de septiembre, RTC 2005/220), o por el rechazo de un cambio de puesto de trabajo más apto y seguro para la funcionaria embarazada (STC 62/2007, de 27 de marzo, RTC 2007/62). Se muestra muy crítico JIMÉNEZ CAMPO (2018), pp. 227-228, con esta jurisprudencia, diciendo que ello puede conducirnos a la “paradójica relativización de cualquier derecho fundamental en sus contenidos más propios (...) Quien extiende, difumina”. En nuestra opinión, no creemos que esta ampliación del contenido de los derechos fundamentales citados suponga un peligro para los mismos, sino que se trata de una lógica adaptación de la Constitución a las nuevas realidades de protección que la sociedad demanda.

⁴⁷² Art. 8.1 “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979.

otros más controvertidos como la protección de la persona ante los ruidos excesivos⁴⁷³.

En esta línea y en lo que se refiere a la voz, por ahora dejaremos apuntado que la jurisprudencia española, en las pocas veces en las que se ha pronunciado sobre este ora atributo de la personalidad, ora derecho, lo ha hecho en referencia bien al derecho a la intimidad, bien al derecho a la propia imagen, con referencia en ambos casos al art. 18.1 CE. Por lo tanto, no sería descabellado sostener que, por lo menos a nivel jurisprudencial, estaríamos ante uno de estos derechos de la personalidad protegidos a nivel constitucional gracias a su integración en otro derecho fundamental ya explícitamente recogido por nuestra norma suprema.

Ello nos lleva a preguntarnos si esa pertenencia de la voz al derecho a la intimidad o al derecho a la propia imagen lo es por formar parte de su contenido esencial⁴⁷⁴ (caso en el que no estaríamos ante un derecho autónomo), o simplemente por interpretación amplia e inclusiva de otros derechos de la personalidad en ese concreto derecho fundamental. Debemos apuntar que el contenido esencial de un derecho fundamental es el ámbito o espacio de poder jurídico del que goza su sujeto, que se debe concretar en actuaciones concretas, en una determinada situación de hacer o no hacer. Es necesaria esta tarea de concreción porque no todas las situaciones aparecen expresamente previstas en la norma fundamental, y que el Tribunal Constitucional ha ido afirmando, interpretando un determinado derecho fundamental como “derecho matriz” que se concreta en supuestos de hecho que van conformando su contenido esencial⁴⁷⁵. Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que el

⁴⁷³ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1371, a quien le parece excesiva esta interpretación integradora de protección frente a ruidos excesivos.

⁴⁷⁴ Según ALEXY (2004), p. 18, uno de los mayores exponentes –sino el mayor– de las teorías sobre los derechos fundamentales, estos, entendidos como principios, despliegan sus efectos en todos los ámbitos jurídicos, lo que conduce no solo a la ya bien conocida eficacia en las relaciones horizontales (*Drittwirkung*), sino también al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales (lo que nuestro Tribunal Constitucional denomina como “contenido esencial” de cada derecho fundamental) de protección que exigen una actuación positiva del Estado, y no meramente omisiva.

⁴⁷⁵ APARICIO PÉREZ (1989), p. 15.

contenido de un derecho fundamental no podrá ser cerrado, pues podrá ir completando su naturaleza por las declaraciones de apertura que de él haga el Tribunal Constitucional en cada caso concreto⁴⁷⁶.

Por lo tanto, de considerarse la voz como parte del contenido esencial del derecho a la propia imagen o del derecho a la intimidad, entendemos que gozaría de protección constitucional. De considerarse un derecho autónomo pero protegido por interpretación amplia e inclusiva de otros derechos de la personalidad en uno de esos dos derechos fundamentales, tendríamos que acudir a alguna de las interpretaciones de la cláusula 10.1 CE expuestas, para decidir si el derecho a la voz podría considerarse fundamental, siguiendo a la primera de las teorías, o simplemente un derecho de la personalidad protegido a nivel civil, siguiendo la segunda teoría, pero no a nivel constitucional. En la tercera parte de este trabajo veremos que las pocas voces doctrinales que se han pronunciado al respecto mantienen posturas de lo más diverso.

2.2.2. Derecho comparado

En el Derecho comparado también encontramos ejemplos de ordenamientos en los que existen cláusulas constitucionales que permiten una ampliación del catálogo de derechos de la personalidad, e incluso alguno que tipifica formalmente en la Constitución algunos de los derechos de la personalidad.

En Alemania, como ya vimos, se reconoce un derecho general de la personalidad, el *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, cuya base está en los artículos 1 y 2.1 de su Constitución (*GG*). Con ella se garantiza el derecho a controlar todo uso de cualquier rasgo que afecte a la personalidad, uso que podrá generar tanto daños morales como patrimoniales. Dado que esta cláusula suple los vacíos dejados por el

⁴⁷⁶ APARICIO PÉREZ (1989), p. 15, cuestión con la que se muestra crítico, como ya vimos, JIMÉNEZ CAMPO (2018), p. 228.

elenco típico de derechos, se ha postulado que la voz podría defenderse mediante este derecho general de la personalidad⁴⁷⁷.

En Italia la doctrina entiende que el art. 2 de su Constitución tutela a la persona como centro de intereses y titular de derechos, que exaltan no solo su función económica y social sino también su figura moral, comprendiéndose dentro de estos derechos el de privacidad⁴⁷⁸. De hecho, se afirma que este artículo contiene el derecho general de la personalidad, cuya violación puede provenir de una infracción a la *privacy*⁴⁷⁹.

En Portugal, algunos de los derechos de la personalidad regulados en los arts. 70 y siguientes del Código civil portugués aparecen también protegidos a nivel constitucional⁴⁸⁰. Pero ni todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, ni viceversa⁴⁸¹. El art. 26 de

⁴⁷⁷ No obstante, como veremos en el apartado específico sobre el derecho a la voz en Alemania, ya es mayoritaria la doctrina que entiende que la voz está protegida por un derecho específico de la personalidad.

⁴⁷⁸ ALPA (2018), pp. 46 y 271.

⁴⁷⁹ ALPA (2018), p. 274, para quien la *privacy* se ubicaría en un área limítrofe: por el lado del daño injusto, estaría dentro de la categoría de los *torts*, y por el lado del tipo de interés, se ubicaría en el ámbito de los derechos de la personalidad.

⁴⁸⁰ Según CARVALHO FERNANDES (2012), pp. 228-229 y 231, algunos de los derechos de la personalidad son, dependiendo de las “diferentes perspectivas de encuadramiento”, también derechos fundamentales, categoría a la que reserva un sentido formal, como los derechos atribuidos como tales por la Constitución.

⁴⁸¹ CAPELO DE SOUSA (1995), p. 581 y ss., para quien la coincidencia de algunos derechos en ambas categorías no significa asimilación o pérdida de autonomía conceptual, pues incluso cuando tengan por objeto idéntico bien de la personalidad, tienen una función y ámbitos distintos: las previsiones de los arts. 70 y ss. del CC portugués son para las relaciones entre particulares o entre estos y el Estado cuando este está destituido de su *ius imperii*, y su tutela es a través de mecanismos coercitivos civiles; por su parte, los derechos protegidos a nivel constitucional disponen de mayores garantías y mecanismos de tutela (siendo la más llamativa la posible declaración de inconstitucionalidad del acto que los viole). No obstante, el autor admite (p. 585) que existe una tendencia, en vista del reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona, a que los derechos de la personalidad sean tutelados, en el plano constitucional, como derechos fundamentales (se entiende que se está refiriendo a aquellos derechos de la personalidad no reconocidos ya como fundamentales por el art. 26.1 de la Constitución portuguesa).

la Constitución portuguesa regula el derecho que toda persona tiene a que se reconozca su identidad personal⁴⁸², al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil⁴⁸³, la ciudadanía, el buen nombre y reputación, la imagen, la palabra, la intimidad de la vida privada y familiar, y la protección contra cualquier forma de discriminación⁴⁸⁴. La expresión sobre la protección de “la palabra” fue añadida tras la reforma constitucional del año 1989⁴⁸⁵. Los comentaristas señalan que este derecho, análogo al de imagen, viene a prohibir la grabación de la voz sin consentimiento de su titular, así como cualquier modificación, utilización en montajes o inserción de las palabras en contextos

⁴⁸² Sobre la delimitación del contenido del derecho a la identidad parece haber opiniones diversas, pues mientras que algunos autores como GOMES CANOTILHO / MOREIRA (1993), p. 179 incluyen bajo su protección constitucional el derecho al nombre o a la identidad biológica (*historicidade pessoal*), otros, desde la perspectiva civilista del art. 70 CC portugués, entienden que abarca muchos más derechos, como la voz. Sobre esta última postura, CAPELO DE SOUSA (1995), p. 246.

⁴⁸³ Resulta llamativa la regulación de la capacidad civil como derecho fundamental. Los comentaristas de la constitución portuguesa, GOMES CANOTILHO / MOREIRA (1993), p. 180, entienden la capacidad civil como el derecho a ser “*pessoa jurídica*”, (pero no en el sentido español de persona jurídica). Dicen que la constitución admite restricciones a la capacidad civil, aunque no privaciones totales de ella, mediante ley y solo en los términos en ella definidos. Por lo tanto, vemos que tratan de forma unitaria lo que en nuestro ordenamiento tradicionalmente se ha tratado como capacidad jurídica (personalidad jurídica) y capacidad de obrar, y que hoy ya voces autorizadas (GARCÍA RUBIO (2017 B), p. 10) recomiendan tratar de forma conjunta, pues así se deriva de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en diciembre de 2016, en la que el término capacidad jurídica abarca tanto la capacidad para ser titular de derechos como para ejercerlos.

⁴⁸⁴ La doctrina constitucionalista entiende que estos derechos son los que en el ámbito civil se designan por derechos de la personalidad, pero que aquí aparecen bajo la denominación de “otros derechos personales” por situarse sistemáticamente tras los derechos a la vida y el derecho a la integridad personal (arts. 24 y 25 de la Constitución). Es decir, según GOMES CANOTILHO / MOREIRA (1993), p. 179, se refiere a otros derechos, además de la vida e integridad personal, pero integrantes de la misma categoría de los derechos de la personalidad.

⁴⁸⁵ El art. 14 de la *Lei Constitucional* núm. 1/89, de 8 de junio, dispone que el apartado 1 del art. 26 añadirá la expresión “a la palabra” entre “la imagen” y “la reserva a la intimidad de la vida privada y familiar”. Accesible en el *Diário da República Portuguesa, I Série*, núm. 155, de 8/7/1989.

radicalmente diferentes a donde fueron pronunciadas. De este modo, entienden que el “derecho a la palabra” se desdobra en dos derechos: por un lado, el derecho a la voz, como atributo de la personalidad, considerándose ilícita la grabación y la divulgación de la voz de una persona cuando esta no da su consentimiento, y por otro lado, el derecho “a las palabras dichas”, que pretende garantizar la autenticidad y el rigor de la reproducción de los términos, expresiones, metáforas escritas y dichas por una persona⁴⁸⁶.

Por otra parte, en Portugal el art. 16.1 de su Constitución prevé la existencia de derechos sin asentamiento constitucional formal al establecer que “*os direitos fundamentais consagrados na Constituição nao excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”. Nótese la referencia a los otros derechos de las leyes, lo que ha llevado a la doctrina constitucionalista a incluir como ejemplos de estos derechos el del nombre (art. 72 CC portugués). Aun calificando de “problemático” el hecho de distinguir si tales derechos sin reconocimiento formal pueden pertenecer también a la categoría de derechos fundamentales, o si por el contrario esta categoría solo está compuesta por aquellos reconocidos expresamente, la doctrina se decanta por la primera opción, pues una interpretación no forzada del art. 16.1 conlleva que se puedan considerar como derechos fundamentales aquellos derechos extraconstitucionales que sean “equiparables”, por su objeto y su importancia, a los diferentes tipos de derechos fundamentales de status constitucional⁴⁸⁷.

2.3. EL ART. 10.2 CE

En otro orden de cosas, aquellos derechos que se integren como fundamentales en el ordenamiento jurídico vía tratados internacionales, no lo harán por la existencia constitucional de cláusulas abiertas de integración, sino por mandato concreto del art. 10.2 CE, en el que se dice que las normas relativas a los derechos fundamentales se

⁴⁸⁶ GOMES CANOTILHO / MOREIRA (1993), p. 181. Siguiendo la clasificación de ORLANDO DE CARVALHO, la doctrina civil portuguesa también recoge el *direito à palavra* a la par que el derecho a la imagen. Así, GUIMARÃES (2017 A), p. 296.

⁴⁸⁷ GOMES CANOTILHO / MOREIRA (1993), pp. 116-117.

interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España⁴⁸⁸. En este artículo se contiene una remisión abierta a los tratados internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales, cláusula que ha contribuido a una mejor sintonía entre la lectura nacional de los derechos y el entendimiento internacional de los mismos. En este sentido, la interpretación del TC con base en este precepto ha concretizado los enunciados normativos de los derechos fundamentales, derechos que, en palabras de SAIZ ARNAIZ, se caracterizan casi sin excepción por la naturaleza controvertida de sus contenidos, vaguedad e indeterminación⁴⁸⁹. En opinión de este autor, la labor interpretativa lo es también en sentido integrativo, es decir, de concretización del contenido de la Constitución, opinión que compartimos, por lo que el contenido de los derechos declarados en el Título I de la Constitución será el resultado de su paulatina interpretación de conformidad con los tratados y la jurisprudencia derivada de ellos que se vayan incorporando a nuestro ordenamiento⁴⁹⁰. Las fronteras del art. 10.2 se han manifestado, sobre todo, en relación con el derecho constitucional a la

⁴⁸⁸ APARICIO PÉREZ (1989), p. 14.

⁴⁸⁹ SAIZ ARNAIZ (2018), pp. 230-231, quien define la regla del art. 10.2, siguiendo al TC, como una “regla de interpretación evolutiva” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9º, RTC 2012/198).

⁴⁹⁰ SAIZ ARNAIZ (2018), pp. 246-247 y 252, definiendo la labor del intérprete como creativa, de rellenado, y no solo explicativa, por mucho que en el debate senatorial del art. 10.2 CE se eliminase toda referencia a la integración del contenido de los derechos fundamentales. No obstante, parece que este autor no admite ya la “emergencia de nuevos derechos”, como sí defendía anteriormente en SAIZ ARNAIZ (2008), p. 207. Por otra parte, Manuel Aragón Reyes, en su voto particular concurrente a la STC 150/2011, de 29 de septiembre (RTC 2011/150), FJ. 2, defiende que el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance. De la misma sentencia, en el voto particular disidente de Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren los Magistrados Eugeni Gay Montalvo y Elisa Pérez Vera, los magistrados sí consideran que el derecho a la intimidad domiciliaria frente a agentes contaminantes como el ruido forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE. Posteriormente, el TEDH (sección 3ª), ha condenado a España en el *Caso Cuenca Zarzoso c. España*, de 16 de enero de 2018 dando la razón al recurrente (el que soportó los ruidos) por vulneración del art. 8.1 CEDH.

intimidad protegido en el art. 18.1 CE, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8.1 CEDH, cuestión a la que tendremos ocasión de referirnos más adelante. En lo que respecta a la voz, no tenemos constancia de que haya habido, por ahora, ningún intento de fundamentar su protección bajo el paraguas de este artículo, si bien no vemos razón alguna que lo impida.

2.4. UNA ENUMERACIÓN (NO EXHAUSTIVA) DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Dejando al margen aquellos derechos de la personalidad que protegen la vertiente física del ser humano (vida e integridad física, aunque también se mencionan otros como el derecho sobre las partes separables del cuerpo⁴⁹¹), a continuación expondremos brevemente aquellas notas fundamentales de los derechos de la personalidad incorporal sobre los que se ha pronunciado tanto doctrina como jurisprudencia en los últimos tiempos. Como un estudio exhaustivo de todos los derechos excedería con creces el propósito de este trabajo, trataremos de centrarnos tanto en las novedades jurisprudenciales, legislativas y doctrinales que les afecten, como en aquellos aspectos de cada derecho que guarden algún tipo de relación, por el motivo que sea, con el derecho a la voz. Naturalmente, lo que se diga sobre este último derecho será ampliado en los siguientes capítulos del trabajo.

2.4.1. Derecho al honor

Aunque el art. 7.7 LO 1/1982 lo vincula con la fama e incluso con la propia estimación, el TC ha establecido como denominador común a todas las intromisiones en el derecho al honor, que suponga “un desmerecimiento de la consideración ajena”⁴⁹². La conducta podrá ser

⁴⁹¹ Que englobarían la extracción y trasplante de órganos en los términos que la Ley de 27 de octubre de 1979 y el RD 1723/2012 establezcan.

⁴⁹² SSTC 223/1992, de 14 de diciembre F.J. 3 (RTC 1992/223), y 170/1994, de 7 de junio, F.J.39 (RTC 1994/170). Entre las últimas sentencias, SSTC (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 476/2018 de 20 julio (RJ\2018\2832); (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 591/2018 de 23 octubre (RJ\2018\4654). Sobre la diferenciación entre los tres derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, reitera el TS en su STS 284/2009, de 24 de abril (RJ 2009\3166), que “ciertamente, pueden entremezclarse y hasta confundirse honor e intimidad y mucho más la intimidad y la imagen”, pero ello no impide al tribunal afirmar que “son derechos distintos entre sí (la sentencia de 26 de julio de

tanto por imputaciones orales o escritas, como por divulgación de la imagen de una persona en un contexto que produzca el mismo resultado. También alcanzará al prestigio profesional, siendo este una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad. El derecho al honor es el único de los tres derechos del art. 18.1 CE que también se predica de las personas jurídicas. No obstante, en estos casos se presenta con menor intensidad, según ha estipulado la jurisprudencia del TS⁴⁹³. La concepción del honor que tiene el TC es, en cierto modo, objetiva, por cuanto se basa en la moral social del momento, si bien ha puntualizado que también se debe interpretar de acuerdo con los valores sociales y políticos proclamados por la CE⁴⁹⁴. Una de las últimas infracciones que se ha considerado como atentado al derecho al honor es la inclusión indebida de los datos personales en un registro de morosos, por lo que supone de desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas. Los daños morales se conceden, así, por “afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo *relativo a la consideración de las demás personas*”, y por el “quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados”⁴⁹⁵.

2008, entre otras muchas anteriores, destaca que “son tres derechos distintos y no un solo derecho trifronte”).

⁴⁹³ Entre las más recientes, la STS 596/2019, de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019\4474) recuerda que el derecho al honor es más limitado en las personas jurídicas, hecho que influye en el caso, considerando que no procede indemnizar al periódico gallego La Región publicado por un ex trabajador del diario, por un relato satírico sobre hechos en parte ciertos que incumbían a ambos.

⁴⁹⁴ PARDO FALCÓN (2018), p. 514, citando las SSTC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999/180); 282/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/282) y 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003/14).

⁴⁹⁵ Entre otras, SSTS 130/2020, de 27 de febrero (RJ 2020/613); 115/2020, de 19 de febrero (RJ 2020/482); 284/2009, de 24 de abril de 2009 (RJ 2009\3166).

Por otra parte, el medio por el cual se vulnera el honor y el canal para su difusión ha sufrido una evolución de lo más notable, como hemos visto en la primera parte de este trabajo. Si en la antigüedad básicamente se infringía mediante la palabra, hoy es común que el medio empleado sea internet, con su enorme capacidad de difusión, lo que ha llevado a plantearse la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y no solo la del autor del ilícito⁴⁹⁶.

Una forma de vulnerar el honor de una persona podrá ser por la asignación de una voz diferente a la suya en una grabación, voz que, por ejemplo, lo ridiculice. Entendemos que aquí ambos derechos se verían afectados: el derecho a la voz y el derecho al honor, análogamente a lo que sucede con los casos en los que se vulneran simultáneamente los derechos de imagen y honor de una misma persona mediante una misma conducta.

En el caso de los artistas, si se alterase una grabación que constituyese una prestación intelectual, la vulneración del derecho al honor podría diluirse en la vulneración al derecho moral a la integridad de la obra artística. La lesión de este derecho parece vincularse, según el art. 113.1 *in fine* LPI, a la lesión “de su prestigio o reputación”, aunque somos de la opinión de que, no exigiendo la LPI expresamente una intromisión en el derecho al honor de acuerdo con la LO 1/1982, podríamos estar ante una vulneración del derecho moral a la integridad que no afectase al derecho al honor⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Al respecto, *vid.* el trabajo de RUBÍ PUIG (2010) sobre el requisito del “conocimiento efectivo” por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando estamos ante lesiones del honor en internet, así como los límites que habría que aplicar a los mecanismos de acreditación del “conocimiento efectivo”, estimando, en particular, que el lesionado en el honor tiene “la carga primaria de desplegar cierto grado de diligencia para identificar razonablemente el contenido difamatorio y su carácter ilícito”.

⁴⁹⁷ Así lo entiende VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1384, pero no CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1666-1667, para quien el derecho moral a la integridad solo se da si se lesiona el derecho al honor del artista.

2.4.2. Derecho a la intimidad personal y familiar

No hace mucho y con bastante razón, algún constitucionalista ha dicho de este derecho que está “en demolición y necesitado de reconstrucción”, puesto que ya no llega con proteger la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, antiguos pilares del derecho a la intimidad, sino que este debe extenderse más allá debido al avance de las tecnologías actuales, debe abarcar las intromisiones que, por cualquier medio, puedan realizarse en el ámbito reservado de la vida⁴⁹⁸. La sensación de inseguridad y de pérdida de la privacidad también es otra constante en nuestros tiempos. La doctrina dice que la sociedad debe plantearse exigir a los poderes públicos una regulación más proteccionista y garantista del derecho a la intimidad. Se pregunta si hemos perdido por completo la intimidad en nuestros tiempos, aunque admite la dificultad primera de definir qué se entiende hoy por intimidad, habida cuenta de que se trata “de un bien jurídico que va mutando con el transcurso del tiempo y los cambios sociales”⁴⁹⁹. Existe un cada vez mayor preocupación por proteger de la forma más eficazmente posible la privacidad de los individuos, debido, especialmente, a los medios técnicos utilizados en dispositivos electrónicos, incluidos los vehículos⁵⁰⁰.

Es por ello que la definición de este derecho dada actualmente por nuestra jurisprudencia es bastante amplia. Así, la STS 91/2017, de 15 de febrero, define el derecho a la intimidad personal y familiar como

⁴⁹⁸ REVENGA SÁNCHEZ (2016), *passim*.

⁴⁹⁹ ZALDÍVAR ROBLES (2016), pp. 163-164.

⁵⁰⁰ En este sentido, expone ZALDÍVAR ROBLES (2016), p. 167 que los vehículos modernos, conocidos como *Smart cars*, recopilan una cantidad ingente de datos e información como la ubicación del vehículo en todo momento, la velocidad, el número de personas que ocupan el vehículo e incluso en qué posición, datos que se almacenan en un disco duro del ordenador del turismo y de los que no se sabe quién ostenta la legitimación para tratarlos, ni de qué manera pueden ser utilizados. En la literatura comparada, véase la portuguesa, la “teoría de las tres esferas” distingue entre una esfera privada (que englobaría la vida doméstica, los animales de compañía, los locales frecuentados, etc.), una esfera personal (los gustos y preferencias de la persona como las relaciones amorosas), y una esfera “de secreto” (diarios íntimos, datos médicos, y datos secretos determinados como tal por la persona). DE CARVALHO (2012), pp. 265-266.

aquel que garantiza a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida⁵⁰¹. El derecho a la intimidad comprende incluso “la tranquilidad razonable para su ejercicio”, lo que implica que unos dispositivos de grabación que, por su orientación y apariencia externa, den lugar a la creencia de que un particular puede estar siendo grabado no solo al entrar o salir de su vivienda, sino también cuando se encuentre en el interior de la misma, basta para la aplicación del precepto, aunque posteriormente se demuestre que los dispositivos son falsos⁵⁰².

Uno de los derechos de nueva generación surgidos dentro del ámbito del derecho a la intimidad al calor del avance tecnológico es el derecho a la protección del propio entorno virtual. Este derecho (mencionado fundamentalmente en la jurisprudencia penal al hilo de las fuentes de prueba) vendría a proteger el perfil vital de un individuo conformado por la acumulación de datos que se contienen en un dispositivo. La STS (Sala 2ª, de lo Penal) 462/2019, de 14 de octubre⁵⁰³ es una de las últimas que lo menciona, estableciendo que los registros de equipos informáticos y su intervención remota precisará no solo una decisión judicial habilitante sino también una justificación específica que pondere el singular riesgo de afectación del derecho a la intimidad. La justificación que dan es que se afecta de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art 18.3 CE; contactos, fotografías, archivos personales, protegidos por el art 18.1 CE; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos, art 18.4 CE), por lo que la

⁵⁰¹ F.J. 3º.2 STS 91/2017 de 15 de febrero (RJ 2017\302), citando las STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013/176) y STS 478/2014, de 2 de octubre (RJ 2014\4869). Sobre el derecho a la intimidad, *vid.* ROJO AJURIA (1986), pp. 133-150.

⁵⁰² STS 600/2019, de 7 de noviembre (RJ 2019/4458).

⁵⁰³ STS (Sala 2ª, de lo Penal) 462/2019, de 14 de octubre (RJ 2019/4052). Con anterioridad, STS 489/2018, de 23 de octubre (RJ 2018/4937).

contemplación por separado de cada una de esas realidades con regímenes de protección diferenciados resultaría ineficaz (F.J. 1º)⁵⁰⁴.

También el denominado “derecho al olvido” creemos que se encuentra inserto en el más amplio derecho a la intimidad personal, aunque también se ha relacionado con la obligación de no conservar los datos personales más allá del período necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento de datos⁵⁰⁵, o las facultades de oposición y cancelación del derecho de protección de datos⁵⁰⁶. Esta faceta vendría a permitir que cierta información (cuando esta ya carece de interés público por el transcurso del tiempo, o cuando se trata de información no veraz) de una persona pueda “desaparecer” de los motores de búsqueda utilizados en internet. En el caso que ha sido considerado como su germen, *Melvin v. Reid*, resuelto por el Tribunal de Apelación de California en 1931⁵⁰⁷, se analiza en términos del derecho a la intimidad como faceta de la *privacy*, o incluso reconduciéndolo a una invasión del derecho al honor⁵⁰⁸, pero no como derecho autónomo.

⁵⁰⁴ No obstante, ZOCO ZABALA (2016), p. 653 sí que ha distinguido los datos personales de tráfico consecuencia de la navegación por internet, protegidos por el art. 18.4 CE, de los datos personales almacenados en los archivos personales del dispositivo electrónico, protegidos por el art. 18.1 CE.

⁵⁰⁵ Sobre la relación entre derecho al olvido y principio de conservación de datos por un tiempo limitado, *vid.* PAZOS CASTRO (2015), pp. 15-17.

⁵⁰⁶ Sobre este extremo, *vid.* PAZOS CASTRO (2015), pp. 40-52, quien observa, al menos, tres diferencias entre el llamado derecho al olvido y los derechos de oposición y cancelación de datos, por lo que sí ve claro que estamos ante un derecho nuevo y autónomo. De hecho, este autor (pp. 52-56) propone como denominación el “derecho a la oscuridad digital”, puesto que es imposible garantizar el olvido de determinadas informaciones, además de que el término suele utilizarse en un sentido mucho más amplio que el reconocido por el TJUE.

⁵⁰⁷ *Melvin v. Reid*, 112 California Appellate Court, 285 (1931).

⁵⁰⁸ El caso trataba de una película (*The Red Kimona*) que rememoraba la vida de una mujer que había sido prostituta, pero en el momento en el que esta ya había contraído matrimonio con Bernard Melvin. En la película se da a la protagonista el nombre real de soltera de esta mujer, Gabrielle Darley. Desde nuestro punto de vista, también habría infracción del derecho al nombre de la mujer, dado su uso incontestado en la película, además de su derecho a la intimidad.

Las declaraciones internacionales de derechos surgidas tras la II Guerra Mundial incluyeron el derecho a la intimidad dentro de uno un poco más amplio, el derecho a la vida privada (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). No obstante, no parece haber distinguido nuestro TC esta categoría más amplia en la cual insertar el derecho a la intimidad, aunque sí diferentes vertientes del derecho, como la intimidad corporal o la familiar. Pero esta última, la intimidad familiar, tiene un espectro más limitado que el derecho a la vida privada. Así, el TC la ha definido como una dimensión adicional a la personal que se extiende a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18.1 CE protege. Es decir, que lo que se atribuye al titular es el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida⁵⁰⁹.

Si comparamos esta vertiente familiar del art. 18.1 CE con su homóloga protegida por el art. 8.1 CEDH cabe indicar que la doctrina constitucional no reconoce, por ahora, un derecho fundamental sustantivo, protegible en amparo, que incluya el contenido del art. 8.1 CEDH, sosteniéndose que el art. 18.1 CE tiene un contenido más limitado que el derecho a la vida privada y familiar del artículo convencional. El motivo principal guarda relación con lo dicho anteriormente respecto del art. 10.2 CE, cláusula interpretativa que, aunque en principio permite la ampliación de aspectos no explicitados en los derechos fundamentales, no ha sido este el parecer del TC respecto de la vertiente familiar del derecho en cuestión⁵¹⁰. En este

⁵⁰⁹ Entre las últimas sentencias, véase la STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018/58), F.J.5º.

⁵¹⁰ Entre las últimas resoluciones que asumen esta interpretación, véase la STC 186/2013, de 4 de noviembre, F.J. 7º (RTC 2013/186) y ATC 40/2017, de 28 de febrero, F.J. 3º (RTC 2017/40 AUTO). No obstante, hay excepciones, como las SSTC 46/2014, de 7 de abril (RTC 2014/46); 11/2016, de 1 de febrero (RTC 2016/11, en la que se concede amparo contra las resoluciones judiciales que denegaron la licencia

extremo, compartimos la opinión de CUARTERO RUBIO cuando dice que tal postura no coadyuva a que cumplamos con nuestros compromisos internacionales en la protección del derecho humano a la vida familiar y a su construcción, ni por tanto a nutrir el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, ni de protección de la familia del art. 39.1 CE, con los que el derecho a la vida familiar se vincula necesariamente⁵¹¹.

La falta de equivalencia entre el derecho del art. 18.1 CE y lo recogido en los textos internacionales ha llevado a que a veces el TEDH y el TC difieran en sus resoluciones, como ha sucedido con el caso *López Ostra c. España*⁵¹², en el que se garantiza la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario protegiendo, entre otras cosas, frente al excesivo ruido⁵¹³. Posteriormente, la sentencia *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004⁵¹⁴, reiteró esta interpretación

solicitada por la madre recurrente para la incineración de los restos biológicos del aborto al que se sometió, fundamentándolo en el art. 18.1 CE); 131/2016, de 18 de julio (RTC 2016/131); 201/2016, de 28 de noviembre (RTC 2016/201); 29/2017, de 27 de febrero (RTC 2017/29), citadas por CUARTERO RUBIO (2019), p. 372, pero que para la autora todavía no suponen un cambio de doctrina.

⁵¹¹ CUARTERO RUBIO (2019), pp. 368-370. La autora señala que el TC radica los contenidos familiares en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, en vez de en el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, como sucede, por ejemplo, en la STC 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010/60), en la que se determina que el derecho constitucional afectado por la pena de alejamiento de la víctima y las evidentes consecuencias que provoca en las relaciones familiares es el derecho al libre desarrollo de la personalidad y no el derecho a la intimidad familiar. En otros casos, el derecho a la vida familiar encuentra un cauce de penetración en la doctrina constitucional a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente del derecho a una resolución motivada, como sucedió en las SSTC 140/2009, de 15 de junio (RTC 2009/140) y 131/2016, de 18 de julio (RTC 2016/131). CUARTERO RUBIO (2019), pp. 374-375.

⁵¹² STEDH caso *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), en la que se declara vulnerado el art. 8 CEDH por no haber conseguido el Estado español un equilibrio adecuado entre el interés del bienestar económico de la ciudad (tener una planta de tratamiento de residuos) y el disfrute efectivo de la recurrente, la señora López Ostra, a su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar.

⁵¹³ PARDO FALCÓN (2018), p. 521.

⁵¹⁴ STEDH *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004/68)

del art. 18 CE, pero lo cierto es que ni con esta última resolución el TC ha concedido amparo por pretensiones similares (sino idénticas), como se desprende de la STC 150/2011, de 29 de septiembre⁵¹⁵. En ella, aun reconociendo que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, merece la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones” (F.J. 6º)⁵¹⁶, no concedió el amparo solicitado, bajo la premisa de que no se acreditó suficientemente que la lesión proviniese de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida (F.J. 9º). Al igual que el voto particular disidente que se formuló a la sentencia⁵¹⁷, cuando el caso llegó al TEDH se sentenció que efectivamente había una vulneración del art. 8 de CEDH (caso *Cuenca Zarzoso c. España*⁵¹⁸). Lo cierto es que esta opinión del tribunal estrasburgués, de lo más sensata, es compartida por la doctrina constitucionalista e internacional-privatista, que entiende que los arts. 10.1 y 39.1 CE avalan la interpretación acorde con el art. 8.1 del Convenio del art. 18.1 CE, pues

⁵¹⁵ STC 150/2011, de 29 de septiembre (RTC 2011/150), que trata de dilucidar si la protección frente al ruido ambiental que dificulta la vida en el propio domicilio resulta del art. 18.1 y 18.2 CE, o es la consecuencia de un nuevo y no fundamental derecho subjetivo frente al ruido (o derecho al silencio).

⁵¹⁶ Cuestión sobre la que discrepa el magistrado Manuel Aragón Reyes, quien formula un voto particular concurrente a la sentencia, por entender que la cláusula del art. 10.2 CE no permite ampliar el listado de derechos fundamentales recogidos en la CE.

⁵¹⁷ Voto particular de Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren los Magistrados Eugeni Gay Montalvo y Elisa Pérez Vera: 1: “El derecho a la intimidad domiciliaria frente a agentes contaminantes como el ruido forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE, tal como ha reconocido el Tribunal en las SSTC 16/2004, de 23 de febrero (RTC 2004/16), F.4, y 119/2001, de 29 de mayo (RTC 2001/119), F.6, por el juego del art. 10.2 CE y la interpretación conforme que impone de los derechos constitucionales con los derechos del CEDH y, por tanto, con la recepción de la jurisprudencia del TEDH sobre vulneración del art. 8 CEDH.

⁵¹⁸ STEDH (secc. 3ª), caso *Cuenca Zarzoso c. España*, de 16 de enero de 2018 (TEDH 2018/2).

el aplicador de la Constitución no puede ignorar el mandato de interpretación conforme para adecuar el significado de la primera al contenido del Convenio⁵¹⁹. En la doctrina civilista, compartimos la postura de NIETO ALONSO, quien se sorprende de que el TC muestre este apartamiento de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuando en otros temas es de los primeros en utilizar su *case-law*. Así, sostiene que los tribunales españoles no deberían descuidar esta doctrina del TEDH, abogando por una interpretación integradora de los arts. 8.1 CEDH y 18.1 y 2 CE, y entendiendo que la privacidad, por ejemplo, frente a intromisiones sonoras encuentra amparo tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno como en la órbita del Convenio de Roma⁵²⁰.

El art. 8.1 CEDH también tiene como una de sus manifestaciones el derecho a la identidad de género, que según la jurisprudencia del TEDH comprendería el derecho al cambio de sexo y de nombre en los registros públicos y documentos de identidad, que los estados deben reconocer para no incurrir en violación de aquel precepto⁵²¹. En este caso, sí parece coincidir esta regulación con el contenido del art. 18.1 CE, pues el derecho a la intimidad también ha amparado pretensiones sobre el cambio de sexo. Así, la STC 99/2019 (F.J. 1º b)⁵²² partiendo de que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener

⁵¹⁹ SAIZ ARNAIZ (2018), p. 234; CUARTERO RUBIO (2019), p. 368.

⁵²⁰ NIETO ALONSO (2020), pp. 39-40.

⁵²¹ Entre otras, SSTEDH *Hämäläinen c. Finlandia*, de 16 de julio de 2014; *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002; *Y.Y. c. Turquía*, de 10 de marzo de 2015.

⁵²² Así se estableció en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el cambio de nombre en el Registro civil de personas transexuales, BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018. Por otra parte, la STC 99/2019 se estimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, en consecuencia, se declaró inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”.

una calidad mínima de la vida humana (...), garantizando un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁵²³, aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos –el percibido por el sujeto– y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual. Enviado de nuevo el caso al Tribunal Supremo, este ha resuelto en STS 285/2019 de 17 de diciembre que “ha de protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes”, exponiendo a continuación las bases de este tratamiento jurídico de la transexualidad que no son otras que el principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), además del anclaje en diversos principios y derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España⁵²⁴.

2.4.3. **Derecho a la propia imagen**

El tercero de los derechos mencionados en el art. 18.1 CE es el derecho a la propia imagen. Su inserción en nuestro texto constitucional primigeniamente solo fue como límite a las libertades de expresión, y

⁵²³La STC 99/2019 de 18 de julio (RTC 2019/99) cita las SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 (RTC 2003/127) y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5 (RTC 2006/89).

⁵²⁴ STS 685/2019 de 17 de diciembre (JUR 2020\28548) en especial F.J.8º vi) y vii). El periplo judicial por el que ha pasado (y debe seguir pasando) el menor es cuanto menos cuestionable. Después de esta segunda sentencia del TS, este lo reenvía de nuevo a instancia (FJ 9º 14 “La apreciación de la madurez suficiente y de la situación estable de transexualidad del menor demandante, requisitos exigibles para otorgarle legitimación, es una cuestión de hecho, que por tanto ha de realizarse en la instancia. (...) 16.- En todo caso, tanto la terminación del recurso de apelación mediante la audiencia del menor y el dictado de la correspondiente sentencia, como el eventual recurso de casación que se pudiera interponer contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente”).

hubo que esperar al segundo informe de ponencia del Anteproyecto constitucional para que se incluyese como derecho⁵²⁵. La reciente STS 697/2019, de 19 de diciembre, lo define como aquel derecho “que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta” (F.J. 3º.2)⁵²⁶. Cabría puntualizar que esta faceta negativa también impide que las fotografías que, aparentemente, aparecen como “públicas” o de libre acceso en internet, se puedan utilizar con una finalidad diferente a la perseguida por el titular al incluirla, por ejemplo, en su perfil público de una red social⁵²⁷.

⁵²⁵ Boletín Oficial de las Cortes de 17 de abril de 1978.

⁵²⁶ STS 697/2019, de 19 de diciembre (RJ 2019\5259). En ella, se aprecia una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un acusado por abusos sexuales a menores por la publicación de una fotografía con su imagen obtenida de su perfil de Facebook, bajo la premisa de que una cuenta de esta red social no tiene la consideración de “lugar abierto al público”, y por mucho que se pueda acceder a ella libremente, no se cuenta con el “consentimiento expreso” del titular del derecho de imagen exigido por la LO 1/1982. Las puertas a esta interpretación ya habían sido abiertas por la STS 91/2017, de 15 de febrero (RJ 2017\302) sobre un caso similar, aunque en este la fotografía pertenecía a la víctima de un delito, no al acusado. En ambos casos nos parece una interpretación un tanto generosa del ámbito de protección del derecho a la propia imagen, dado que estamos ante una fotografía que cualquier persona, tenga o no una cuenta en esa red social, puede ver y descargar, siendo el titular de la cuenta consciente de ello al elegirla como “foto de perfil” (cuya configuración ya se define como “pública”). Cuestión diferente sería aquella fotografía cuyo acceso estuviese restringido a aquellos contactos que el titular tuviese en la red social, caso en el que sí vemos más clara la intromisión ilegítima.

⁵²⁷ Así lo viene a establecer el TC en su sentencia 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828) que vino a afirmar lo ya dicho por el TS en un caso en el que un periódico regional utilizó para ilustrar una noticia de un suceso la fotografía del perfil de la red social *Facebook* de la persona que resultó herida en tal suceso, uso que el alto tribunal reputa ilegítimo por cuanto no contaba con la autorización expresa de su titular para ese concreto uso, y cuyo valor informativo tampoco se ve relevante, más bien todo lo contrario, alentando “cierta morbosidad gráfica en los lectores”.

Esta definición lleva manteniéndose, en esencia, desde que el TC desvinculó totalmente en su STC 81/2001 (F.J. 2º)⁵²⁸ este derecho del de la intimidad, al que hasta entonces aparecía vinculado, aunque en sentencias anteriores del TS ya se había adelantado que el objeto de protección jurídica del derecho a la propia imagen era “la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible”⁵²⁹.

Mucho antes la doctrina ya había señalado que el concepto amplio de imagen incluía no solo su *facies* sino la total representación exterior o sensible de la persona individualizada o de sus caracteres fundamentales. Por lo tanto incluiría, además de la fisonomía y dimensiones de una persona, también su caricatura⁵³⁰. El valor individualizador de la propia imagen sería la figura humana, elemento caracterizador de la personalidad⁵³¹.

Dicho todo lo anterior, no creemos que en el concepto de imagen quepa englobar también la voz de una persona, puesto que estaríamos incluyendo un tipo de información personal, la sonora, que iría mucho más allá de lo gráfico, de lo visible, en definitiva, de lo que constituye la fisonomía humana.

2.4.4. Derecho a la protección de datos personales (“autodeterminación informativa”).

La CE reconoce en su art. 18.4 el derecho fundamental a la protección de datos personales. Como bien se dice en el punto I de la

⁵²⁸ STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001\81) en la que se excluye de protección constitucional la considerada como “faceta patrimonial” del derecho a la propia imagen, a la que nos referiremos en el apartado sobre patrimonialidad de los derechos de la personalidad.

⁵²⁹ STS de 29 de marzo de 1988.

⁵³⁰ GITRAMA GONZÁLEZ (1962), pp. 304-305.

⁵³¹ Con anterioridad a la modificación del art. 30 CC por la disposición final 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se exigía que el nacido “tuviera figura humana”, requisito que la doctrina (GITRAMA GONZÁLEZ (1962), p. 307) entendía como justificativo de este valor individualizador de la imagen. Este autor incluía (p. 305) como métodos de representación de la imagen, no solo la fotografía sino también las obras de arte figurativas que reproducían la figura de una persona; También BALAGUER CALLEJÓN (1992), p. 41, indica que el derecho fundamental a la imagen significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo, el de la figura humana.

exposición de motivos de la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), nuestra Constitución fue pionera al estipular que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se hacía así eco de los trabajos desarrollados desde finales de la década de 1960 en el Consejo de Europa y de las pocas disposiciones legales adoptadas en países de nuestro entorno. En un primer momento se decía que ni de esta definición ni de los sucesivos instrumentos normativos europeos y españoles que se dictaron para la protección ante el tratamiento automatizado de datos se podía concluir con claridad si estábamos o no ante un nuevo derecho de la personalidad, que se sume a los del honor, intimidad e imagen, o si se estaba defendiendo estos tres de un determinado tipo de intromisión; no obstante, ya se dejó sentado con la derogada LOPD 15/1999 que estábamos ante un nuevo derecho, el de la “autodeterminación informativa”: los datos referidos a las personas – incluso aquellos que podrían ser conocidos por muchos y ser divulgados lícitamente – no pueden recibir un tratamiento automatizado sin un consentimiento expreso de su titular⁵³².

Hoy es indiscutible la consideración de este derecho como fundamental, pues así se desprende del art. 8 de la Carta de DDFF de la UE, y creemos que hoy más que nunca debe garantizarse su protección, en especial a raíz de la crisis sanitaria de la Covid-19, momento en el que parecen querer diluirse los derechos a la privacidad y a la protección de datos en favor de un ilimitado control por parte de los Estados de los movimientos y situación sanitaria de los ciudadanos. Aunque bajo el loable propósito de salvaguarda del interés público y contención de la propagación del virus, creemos que en todo caso deberán respetarse las libertades fundamentales y principios que se desprenden del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, de protección de datos personales (en adelante, RGPD)⁵³³. Además, las iniciativas que

⁵³² DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 112.

⁵³³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

desarrollen los Estados (principalmente están creando aplicaciones móviles para analizar la movilidad de los ciudadanos y la detección de los síntomas del virus, así como para el rastreo de los contagiados y sus contactos) deberían seguir lo postulado en la Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020⁵³⁴. Como su análisis excedería del propósito de este trabajo, destacamos lo dicho en el considerando (23) y en los puntos 10 y 15 a 17 de la Recomendación, respecto de las medidas que consistan en el seguimiento de personas por geolocalización, el uso de la tecnología para calificar el nivel de riesgo sanitario de una persona o la centralización de datos delicados: en todo caso, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de DDFF de la UE debe estar justificada y ser proporcionada, debiendo ser limitaciones temporales, en el sentido de que deben ceñirse estrictamente a lo necesario para combatir la crisis y no mantenerse en vigor, sin justificación adecuada, una vez que esta remita. Así, los datos que se recaben deberán “ser destruidos de forma irreversible, a menos que (...) su valor científico al servicio del interés público sea mayor que la repercusión sobre los derechos en cuestión, sujeto a las salvaguardas adecuadas”. También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 17 de abril de 2020⁵³⁵, recuerda en sus puntos 52 y 53, tras señalar la recomendación de la Comisión Europea de desarrollar un enfoque

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOUE, L, núm. 119, de 4 de mayo de 2016. Es aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

⁵³⁴ Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la Covid-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados. DOUE, L, núm. 114, de 14 de abril de 2020. También se dictó, posteriormente, la Comunicación de la Comisión Europea, orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de Covid-19 en lo referente a la protección de datos. DOUE, C, núm. 124, de 17 de abril de 2020.

⁵³⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de Covid-19 y sus consecuencias (2020/2616(RSP)), P9_TA (2020)0054. Accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_ES.pdf [Fecha de última consulta: 15/05/2020].

común de la Unión para el uso de las aplicaciones de localización de contactos en dispositivos móviles, que cualquier aplicación desarrollada por las autoridades nacionales y de la Unión no puede ser obligatorio, y que los datos generados no deben almacenarse en bases de datos centralizadas, que son proclives a un riesgo potencial de abuso y pérdida de confianza⁵³⁶. Esta cuestión ya está siendo objeto de debate no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en otros ordenamientos vecinos, en los que los juristas insisten en la necesidad de que estas medidas no pongan en riesgo el derecho a la protección de datos personales⁵³⁷. Por el momento, en España se ha establecido mediante una orden ministerial, de 27 de marzo de 2020, tanto el desarrollo de “soluciones tecnológicas y aplicaciones móviles para la

⁵³⁶ Además, la Recomendación continúa diciendo en su punto 52. que “(...) pide que todo almacenamiento de datos esté descentralizado, que se brinde una plena transparencia ante los intereses comerciales (no comunitarios) de los desarrolladores de estas aplicaciones, y que se ofrezcan proyecciones claras sobre cómo el uso de aplicaciones de localización de contactos por una parte de la población, en combinación con otras medidas específicas, dará lugar a un número significativamente menor de personas infectadas; pide que la Comisión y los Estados miembros sean plenamente transparentes en el funcionamiento de las aplicaciones de localización de contactos, a fin de que las personas puedan verificar tanto el protocolo de seguridad y privacidad subyacente como el propio código, para comprobar si las aplicaciones funcionan con arreglo a lo que afirman las autoridades; recomienda que se establezcan cláusulas de extinción y se respeten plenamente los principios de protección de datos desde el diseño y de minimización de datos”; y en su punto 53, “Pide a la Comisión y a los Estados miembros que publiquen los detalles de estos sistemas y que permitan el control público y la plena supervisión por parte de las autoridades de protección de datos; señala que los datos de localización móvil solo pueden procesarse de conformidad con la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y el RGPD; destaca que las autoridades nacionales y de la Unión deben cumplir plenamente la legislación en materia de privacidad y protección de datos, así como la supervisión y orientación de las autoridades de protección de datos nacionales”.

⁵³⁷ En Italia, véase el análisis que hace GIORGIO RESTA de la protección de los datos personales en el “diritto dell’emergenza Covid-19”, disponible aquí <https://www.dimt.it/news/protezione-dati-personali-diritto-emergenza-coronavirus/> [Fecha de última consulta: 16/05/2020]; para una aproximación comparada de las *tracing apps* de varios países, véase <https://www.technologyreview.com/2020/05/07/1000961/launching-mitttr-covid-tracing-tracker/> [Fecha de última consulta: 16/05/2020].

recopilación de datos con el fin de mejorar la eficiencia operativa de los servicios sanitarios, así como la mejor atención y accesibilidad por parte de los ciudadanos”, como el de “DataCOVID-19: estudio de la movilidad aplicada a la crisis sanitaria”⁵³⁸. Si bien este último parece estar implementado⁵³⁹, no sucede lo mismo con la *tracing app* (aplicación de rastreo), que no se encuentra todavía en uso, dado que se está estudiando su legalidad y efectividad real como mecanismo de control de la pandemia. Reiteramos que, aunque somos de la opinión de que puede haber otras medidas (control por parte de centros sanitarios, por ejemplo) igual de efectivas⁵⁴⁰, en caso de que se llegue a implementar, deberá tratarse de una medida limitada al tiempo que dure la fase más grave de la pandemia, y proporcional al objetivo buscado, sin recabarse más datos de los necesarios y garantizando la no estigmatización de los enfermos.

Actualmente el debate también pivota sobre el valor económico que se genera con el tratamiento masivo de datos personales que permite la informática y las nuevas tecnologías. Dicho valor por ahora queda en manos de empresas que gestionan redes sociales, buscadores, plataformas de *streaming*, videojuegos o bancos. Pero decimos “por ahora” pues se está empezando a cuestionar que estas compañías puedan almacenar de forma gratuita toda esta información, llegándose

⁵³⁸ Ministerio de Sanidad, Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

⁵³⁹ Actualmente, el proyecto DataCOVID, en el que se analiza la movilidad de la población mediante el acceso a los datos anónimos y agregados de los móviles de más de 40 millones de españoles aparece actualizado en la web. Así, se ha solicitado la colaboración de las tres principales compañías telefónicas presentes en España, siendo el responsable del tratamiento el Instituto Nacional de Estadística (INE). Se pueden consultar los datos de movilidad aquí: https://www.ine.es/covid/covid_movilidad.htm [Fecha de última consulta: 15/05/2020].

⁵⁴⁰ El control de la pandemia de forma directa a través de las pruebas de detección del virus, de los centros de salud, y del seguimiento de contagiados y contactos por las autoridades sanitarias lo consideramos más respetuoso con los derechos y libertades ciudadanos, aunque admitimos que su coste económico será, evidentemente, mayor al que suponen las *tracing apps*.

a plantear la obtención de “un salario” por ceder nuestros datos⁵⁴¹. Por lo tanto, hoy ya resulta innegable que el objeto protegido por este derecho presenta una clara vertiente patrimonial, aunque no esté repercutiendo el beneficio generado por el uso de esos datos personales en la persona que es su titular. A la dificultad de su cuantificación económica (por no existir todavía un “mercado de datos” propiamente dicho), se suma el diferente valor que puede tener un dato dependiendo de su uso, o según se analice de forma individual o conjuntamente con otros datos, ya sean estos de misma tipología pero de diferentes titulares (por ejemplo los datos de localización), ya sean del mismo titular pero de distinta tipología.

Por otra parte, y en lo que respecta al objeto específico de este trabajo, el Tribunal Supremo, en su Auto de 31 de mayo de 2019⁵⁴², ha admitido a trámite el recurso de casación 1074/2019 que examinará si la voz de una persona puede considerarse como un dato de carácter personal. Si bien esta cuestión la estudiaremos más adelante, dejamos apuntado que, en nuestra opinión, la voz es un dato de carácter personal, como lo demuestran los informes y sentencias que comentaremos. Asunto diferente será determinar en qué casos el reconocimiento de la voz como dato de carácter personal da lugar a la activación de la normativa de protección de datos, cuestión a la que también nos referiremos cuando analicemos las distintas vías de protección de la voz⁵⁴³.

⁵⁴¹ Así lo proponen investigadores que ven en los datos el *input* de los algoritmos de inteligencia artificial, robots y vehículos autónomos, entre otros. No cobrar por los datos provoca que estas empresas no tengan ningún incentivo de moderar su recolección. Vid. <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-09/el-investigador-que-propone-recibir-un-salario-a-cambio-de-nuestros-datos.html> [Fecha de última consulta: 11/03/2020].

⁵⁴² ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2019 (JUR/2019/175724), con el que admite a trámite el recurso de casación de Miraclia Telecomunicaciones S.L contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2018, en el recurso contencioso-administrativo n.º 554/2017.

⁵⁴³ Vid. ap. 2, cap. V.

2.4.5. Derecho al nombre

Si bien existe algún autor que no considera que el nombre sea ni un derecho de la personalidad, ni un derecho fundamental, ni siquiera un derecho, siendo de la opinión que la persona no tiene “derecho al nombre”, sino que lo que tiene es “un nombre, su nombre”⁵⁴⁴, lo cierto es que creemos que estos argumentos se caen por su propio peso. No deben más que examinarse todos los instrumentos internacionales que han reflejado las dimensiones de derecho al nombre y del nombre como parte fundamental de la identidad de la persona (arts. 7 y 8 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, de 1989; art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966).

En el plano nacional, es cierto que el derecho al nombre no aparece expresamente recogido en la CE, ni tampoco en el Código civil, a diferencia de otros ordenamientos vecinos⁵⁴⁵. Donde tradicionalmente se ha ubicado, en el ordenamiento español, la declaración de que “toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento”, es en sede registral (art. 50.1 LRC 2011). Pero esto no ha impedido a la mayoría de la doctrina catalogarlo como derecho de la personalidad⁵⁴⁶, si bien hay voces que consideran que el nombre no es objeto de un derecho de la personalidad autónomo (es decir, de un derecho que confiera al titular una posición jurídica exclusiva destinada a proteger únicamente el nombre y sus manifestaciones), ya que esta protección se obtiene mediante otros instrumentos, entre ellos el derecho a la propia imagen

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMINGO (2017), pp. 47-48, considerando que las razones que dan los que defienden este derecho son de índole histórica, cultural y tradicional.

⁵⁴⁵ A nivel civil, en el Derecho comparado se reconoce su protección en el art. 72 CC portugués; § 12 BGB; art. 6 CC italiano; arts. 29-30 CC suizo. Pero no aparece en el CC francés, modelo del español en este y tantos otros aspectos.

⁵⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS (1952), p. 33; DE CASTRO Y BRAVO (1972), p. 25; LINACERO DE LA FUENTE (1992), p. 19, para quien el nombre es “la bandera de la individualidad humana”; DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 57; GARCÍA RUBIO / ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013), p. 471. Un tanto ecléctica es la postura de LUCES GIL (1977), pp. 76-77, quien veía el derecho al nombre en abstracto como un medio necesario para la individualización e identificación de las personas como unidades de la vida jurídica, pero el derecho “en concreto” como un instrumento al servicio del bien de la identidad personal, pero que no debía confundirse, precisamente, con ese bien al que servía.

o, en general, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen⁵⁴⁷.

Esta última postura se acerca a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su STC 117/1994, de 25 de abril, FJ.3⁵⁴⁸, la cual incluye el nombre junto con la imagen y la voz entre los atributos propios de la persona, estableciendo que resulta protegible vía art. 18.1 CE a través del derecho a la propia imagen. Más recientemente, la STC 167/2013, de 7 de octubre, reiteró la inclusión del derecho al nombre en el conjunto de derechos de la persona, concretamente “en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE”⁵⁴⁹.

Como vemos, la idea de integrarlo dentro de los derechos fundamentales se aborda desde diferentes perspectivas, aunque hay doctrina que de ninguna manera lo ve ni como derecho fundamental, ni como incluido dentro de otros derechos sí reconocidos como fundamentales de forma expresa⁵⁵⁰. Aquellos que consideran que el nombre sí tiene apoyo constitucional, difieren en la fuente de tal protección: unos defienden que el derecho al nombre podrá protegerse por vía de los arts. 14 y 15 CE⁵⁵¹. Otros, de manera indirecta, a través del art. 10.2 CE, por encontrarse recogido en el mencionado art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos⁵⁵². Y, por último, un tercer grupo lo vería bien como parte integrante del derecho al respeto de la vida privada y familiar, o bien como parte de la

⁵⁴⁷ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 47, cree que se puede proteger mediante el derecho a la propia imagen o, en general, los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Así, cita a STS de 21 de enero de 1988 (RJ 1988/131) que estima la demanda de un bailarín y coreógrafo por la utilización no autorizada de su nombre artístico en un anuncio publicitario fundada en una “vulneración del derecho a la propia imagen”; la STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994/117); confirmado por la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4 (RTC 2010/23); y finalmente la STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/167).

⁵⁴⁸ STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994/117).

⁵⁴⁹ STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/167).

⁵⁵⁰ GÓMEZ CORONA (2014), pp. 53-54, citando la STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003/14) como fundamento para su postura; DE VERDA Y BEAMONTE (2017), p. 100.

⁵⁵¹ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1394.

⁵⁵² DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 57.

identidad personal⁵⁵³, postura esta última que parece adoptar la DGRN, por ejemplo en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre la consideración del nombre como parte de la identidad de las personas en un caso de cambio de nombre de persona transexual en el Registro Civil⁵⁵⁴.

Ante esta falta de respuesta unánime sobre la fuente de protección del derecho al nombre y su incardinación o no como derecho fundamental, nosotras nos decantamos por aquella que lo considera dentro de ese elenco de derechos a través del art. 10.2 CE. El hecho de que aparezca recogido al máximo nivel en los instrumentos internacionales nos parece razón suficiente para considerarlo indirectamente protegido como derecho fundamental por nuestra constitución. Además, nos gustaría resaltar el hecho de que el nombre aparezca expresamente recogido en el art. 7.6 LO 1/1982, que tipifica como intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Que se mencionen expresamente tanto el nombre como la voz da mayor peso a estos dos atributos de la personalidad (el legislador, en caso contrario, podría haber mencionado a la imagen “y otros atributos de la personalidad”), sin olvidarnos además de que estamos ante una ley orgánica de desarrollo de derechos fundamentales, por lo que no vemos insensato sostener que los derechos regulados por ella, además de la tríada del art. 18.1 CE, deberían tener protección constitucional, aunque sea por vía indirecta.

Por otra parte, el derecho al nombre es indiscutiblemente un derecho que presenta una doble faceta, personal y patrimonial⁵⁵⁵. Muestra de la mercantilización del nombre es la posibilidad de constituirlo como

⁵⁵³ Sobre esta postura y, en general, para una mejor aproximación a la regulación jurídica del derecho al nombre y derecho sobre el nombre, *vid.* GARCÍA RUBIO / ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013), pp. 469-522.

⁵⁵⁴ BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018.

⁵⁵⁵ RESTA (2005), p. 128; GARCÍA RUBIO / ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013), p. 481. En contra, ZURILLA CARIÑANA (2011), p. 115, quien no ve al nombre como atributivo de un derecho de exclusiva, sino solo como un instrumento de defensa de la lealtad en las prácticas de mercado por medio de las normas sobre propiedad industrial y derecho de la competencia.

marca (art. 4.1 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, en adelante Ley de marcas), e impedir que una marca se constituya con un nombre ajeno al solicitante de la misma (art. 9.1 Ley de marcas). Pero un nombre puede ostentar valor patrimonial sin necesidad de crear sobre él un derecho de propiedad industrial, por ejemplo, el de una persona famosa, cuyo nombre puede atraer la atención del público. Este ha sido el caso del uso por parte de alguna escritora del nombre y apellidos de otra, ya fallecida, en el título de una novela de la primera. El hecho de emplear un nombre ajeno, conocido por muchos, puede tener una clara intención económica de atracción de ventas, que no captaría la atención del público si se usase un nombre de una persona desconocida. En estos casos, de no constar el consentimiento de los familiares de la fallecida, sumado al manifiesto desprecio que se observa durante toda la *nouvelle* por la figura de la desaparecida escritora, entendemos que estaríamos ante una intromisión, cuando menos, en la memoria de la que ostentó tal nombre, pudiendo solicitarse por parte de los familiares (vía arts. 4-6 y 9 LO 1/1982) el resarcimiento de los daños morales⁵⁵⁶.

2.4.6. Derecho a la identidad

Recientemente el Tribunal Constitucional (TC) señalaba en su Sentencia 99/2019⁵⁵⁷ que la propia identidad es una cualidad principal de la persona, y que establecerla no es un acto más, sino una decisión vital, en el sentido de colocar al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Aunque en nuestro ordenamiento no se reconoce y define expresamente un “derecho a la identidad”⁵⁵⁸, esta se

⁵⁵⁶ E incluso de los lucros obtenidos con dicha obra. Nos referimos a la novela *Los últimos días de Adelaida García Morales*, de la escritora Elvira NAVARRO (2016). Sobre este caso, *vid.* AMMERMAN YEBRA (2016), pp. 167-171.

⁵⁵⁷ STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 (RTC 2019/99). La sentencia versa sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, declarando inconstitucional el art. 1 de la Ley 3/2007 en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Aunque esta sentencia se refiere principalmente a la identidad sexual, muchos de los razonamientos que hace son extrapolables a la determinación de la identidad en general.

⁵⁵⁸ Sí aparece expresamente reconocido en la Constitución portuguesa, art. 26.1, a la par que otros derechos como el desarrollo de la personalidad, el buen nombre y la reputación, la imagen, la palabra, etc. Por otra parte, el TEDH engloba el derecho a la

encuentra inserta, como se desprende de la argumentación del TC, en el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el cual se inscriben aspectos como las decisiones sobre lo que queremos mantener en privado y no entran dentro del derecho a la intimidad, el sexo, según algunos el nombre⁵⁵⁹, o cualquier otra característica nuestra, incluso aquellas que no son objeto de identificación formal⁵⁶⁰. En el ordenamiento italiano han

identidad dentro de la protección otorgada por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por tanto, en sede del derecho al respeto de la vida privada (por ejemplo, en su Sentencias *Mennesson v. Francia* (JUR 2014\176908, asunto 65192/11, de 26 de junio de 2014) y *Labassee v. Francia* (JUR 2014\176905, asunto 65941/11, de 26 de junio de 2014).

⁵⁵⁹ Sobre la consideración del nombre como parte de la identidad de las personas, *vid.* la reciente ya citada Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018.

⁵⁶⁰ Sobre el concepto de identidad en la gestación subrogada, véase el ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141), que resuelve el incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014. En ella se había rechazado el recurso de casación contra la negativa a inscribir nacimiento y filiación de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución en California, resaltando la contrariedad con el orden público de tal tipo de filiación. Tras esta sentencia española, el TEDH dictó sus famosas sentencias (cita en nota 557) *Mennesson* y *Labasse* (doctrina que, como hace notar FARNÓS AMORÓS (2017), p. 234, ha sido aplicada en posteriores casos como *Foulon y Bouvet c. Francia* (TEDH 2016/61, asuntos 9063/14 y 10410/14, sec. 5ª, de 21 de julio), y *Laborie c. Francia* (JUR 2017/14349, asunto 44024/13, sec. 5ª, de 19 de enero) que justificarían, según los interesados, la revocación de la STS de 2014 y el mantenimiento de las inscripciones de nacimiento y filiación de un niño nacido por gestación subrogada, inscripciones aceptadas por la DGRN en 2009. Sin embargo, el TS, con este Auto, viene a decir que las sentencias del TEDH no son extrapolables al caso español, dado que la STS de 2014 respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad. Ello se debe a que en el ordenamiento jurídico español tiene la posibilidad de establecer la filiación biológica paterna con una consiguiente, aunque no necesaria, adopción por parte del cónyuge⁵⁶⁰. El razonamiento se basa en un determinado concepto de interés superior del menor y de un concreto tipo de maternidad subrogada, a saber, en la que existe un vínculo biológico entre padre de intención y nacidos. Por lo tanto, no se atenta a la vida personal y familiar de los nacidos porque hay otras posibilidades, diferentes al reconocimiento de la filiación tal cual deriva de las decisiones extranjeras, para acreditar su real filiación y acomodarse a su real situación familiar. El auto contiene un voto particular en donde los magistrados disidentes optan por una de las posibles consecuencias de las sentencias del TEDH: la generalización y la maximización de la posibilidad (necesidad) de reconocimiento. Según el voto particular, de lo que se trata

defendido el derecho a la identidad personal como aquel que está constituido por el patrimonio de valores, de tendencias políticas, económicas, sociales o sexuales de un individuo y que no debe ser falseado o distorsionado en la forma en que es mostrado al público⁵⁶¹.

Se ha dicho que la privacidad –la cultura de la *privacy* en el derecho anglosajón, pero también en el resto de ordenamientos que han reconocido derechos similares de privacidad– interpreta hoy el derecho a la intimidad como una esfera de libertad con proyección social que la persona ejercita con plena libertad y control⁵⁶². No obstante, los filósofos contemporáneos postulan que el ser humano se aleja cada vez más de sí mismo, pasando a una esfera que ya no es natural, al reino de lo híbrido y lo artificial, que tiene claras consecuencias en la determinación no solo de su privacidad, sino también de su identidad. Entonces, se preguntan cuál es el espacio que quedará para la actividad propiamente humana que consiste en la libre actuación y en poner reglas a la actuación⁵⁶³.

Según RODOTÀ, la captura de la identidad por parte de otros confirma una tendencia hacia el alejamiento progresivo de la identidad como fruto de la autonomía de la persona⁵⁶⁴. A ello lo denomina la

es de resolver los problemas de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, y en función de su supremo interés y el derecho a su identidad debería haberse estimado el recurso (ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2015), pp. 220-222). También GARCÍA RUBIO / HERRERO OVIEDO (2018), p. 81, resumen los casos del TEDH destacando su postura: “el no reconocimiento (u otra forma de admisión en el sistema) de la filiación derivada de la gestación por sustitución cuando exista un vínculo biológico con los padres de intención que lo reclaman contraría el derecho fundamental a la vida personal y familiar del niño en el que, a su vez, se integra el derecho a la propia identidad”.

⁵⁶¹ ALPA (2018), pp. 271-272.

⁵⁶² ZALDÍVAR ROBLES (2016), p. 164.

⁵⁶³ RODOTÀ (2018), pp. 87-89, quien habla del eclipse de la autonomía privada, pues si en la reconstrucción del ser posthumano se insiste en la absoluta libertad de la investigación científica y en el reconocimiento incondicionado del derecho a la tecnología, ¿hay algún límite?

⁵⁶⁴ RODOTÀ (2018), p. 90, advirtiendo lo trabajoso que es después investigar vías de reinvención de la identidad en la época de la tecnociencia, donde desaparece la fuerza del humano en la construcción de sí mismo.

“potenciación de lo humano” (*human enhancement*), tema que no debe quedarse solo en su planteamiento abstracto, sino que cuando las técnicas de potenciación implican formas de control externo, ya sean permanentes o transitorias, la regla no puede ser solo la del consentimiento de la persona interesada (pues la libertad de consentir muchas veces está condicionada), por lo que RODOTÀ propone una potenciación transitoria, reversible, sobre la base de las decisiones del interesado⁵⁶⁵. Concordamos con él en que la difusión de la robótica y de la electrónica lleva a una concentración de poder en manos de sujetos que controlan la dimensión técnica⁵⁶⁶. Por lo tanto, para conseguir una protección jurídica integral de la persona, debe establecerse un marco normativo que permita hacer frente no solo a las nuevas vulneraciones de todos los atributos inherentes a la idea misma de persona, entre los que como resultará ya obvio incluimos a la voz, sino también a aquellos usos de los mismos que, por las razones que analizaremos más adelante, estén reportando beneficios económicos a terceros, pero no a quien ostenta la titularidad del atributo personal.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de mencionar otro asunto que recientemente ha empezado a ser analizado por la doctrina y que tiene que ver con la prevalencia del empleo de voces femeninas (bien de forma exclusiva o bien por defecto) para los asistentes virtuales de voz (conocidos como VPAs, *Virtual personal Assistants*), tales como *Siri*, *Alexa*, *Cortana* y *Marta*⁵⁶⁷. Como decimos, no solo los nombres

⁵⁶⁵ RODOTÀ (2018), pp. 91-92.

⁵⁶⁶ RODOTÀ (2018), p. 93, para quien los riesgos de esta electrónica y robótica exigen un necesario compromiso para con la transformación cultural, la atención civil difundida, y la acción pública coherente.

⁵⁶⁷ Cada uno de ellos pertenece, respectivamente, a los gigantes tecnológicos Apple, Amazon, Microsoft y a la marca Tomtom. El nombre de *Siri*, proveniente del noruego, significa “la mujer bella que guía a la victoria”. El de Cortana proviene de un videojuego, *Halo*, en el que una “inteligencia sintética” se proyecta como una sensual mujer desnuda. Un reciente informe de las ONU, firmado WEST / KRAUT / CHEW (2019), “I’d blush if I could. Closing Gender Divides in Digital Skills Through Education”, analiza los sesgos de género de estas aplicaciones, denunciando que, aunque su uso ya ha superado con creces la fase experimental para colarse en todo tipo de productos de consumo (especialmente móviles, GPS de vehículos y ordenadores), todavía no se ha examinado con la necesaria perspectiva de género. El

de los VPAs son de mujer⁵⁶⁸, sino que también las grabaciones de voz utilizadas pertenecen a mujeres. Al tratar de crear repositorios de conversaciones que se asemejen todo lo posible a las experiencias humanas, sus creadores están fundándolas en una “identidad femenina”, cuya justificación podemos encontrar, en síntesis, en la asociación de lo servicial y complaciente a las voces femeninas⁵⁶⁹ (y, por el contrario, la masculina para afirmaciones autoritarias), y a la brecha de género que continúa existiendo entre los creadores de estos sistemas, donde las mujeres no llegan a representar el 25% de los equipos de ingenieros⁵⁷⁰, por lo que esta falta de diversidad (al igual que sucede en muchos otros ámbitos⁵⁷¹), genera que se representen solo las preferencias de un grupo de personas. En definitiva, el caso de estos asistentes de voz es una muestra más de la importancia que tiene la voz para la construcción de la identidad y de los roles asociados a esa identidad⁵⁷².

2.4.7. Derecho moral de autores y artistas

Tradicionalmente nuestra doctrina encuadró el derecho de autor “en sus manifestaciones extrapatrimoniales” dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, pues lo entendían como un derecho que salvaguardaba la paternidad de la obra y la defensa de su integridad. Lo reputaban derecho de la personalidad por considerarlo un bien ideal e

estudio es de acceso libre en
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1> [Fecha de última consulta: 21/10/2019]. *Vid.* especialmente pp. 85-134.

⁵⁶⁸ Exceptuando el de Google que, aunque se llama “Asistente de Google” utiliza indiscutiblemente una voz de mujer.

⁵⁶⁹ Lo que indudablemente está relacionado con los roles que tradicionalmente ha ocupado la mujer en la sociedad: de cuidadoras, secretarías, enfermeras, y asistentes en general.

⁵⁷⁰ WEST / KRAUT / CHEW (2019), p. 100.

⁵⁷¹ Por todos, citamos el fundamental trabajo de VALPUESTA FERNÁNDEZ (2010), pp. 1053-1123, que destaca la importancia de asumir la diversidad de la ciudadanía: “se puede afirmar que una de las cuestiones llamadas a centrar el debate político del presente siglo es la asunción de la diversidad de la ciudadanía, manifestada en la multiplicidad de posiciones genéricas, cada una de las cuales aporta una visión de la realidad que le rodea, de los problemas que les son relevantes y de las medidas a tomar que difieren del patrón único en torno al cual se construyó el sujeto activo”.

⁵⁷² Sobre el valor económico de estas voces y su contratación, nos remitimos a lo señalado en el ap. 5, cap. IV.

inseparable de la persona, un derecho cuyo objeto no era la obra del ingenio (que es un bien de naturaleza patrimonial), sino “el bien personal de la paternidad intelectual, el modo de ser moral de la persona del propio autor”⁵⁷³. Compartía con los derechos de la personalidad los caracteres de extrapatrimonialidad, indisponibilidad, perpetuidad e imprescriptibilidad.

En toda creación es innegable que siempre queda en el autor un núcleo intransmisible de poder (precisamente, el derecho moral de autor) que participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad⁵⁷⁴. Pero lo cierto es que ni se reconoce el derecho moral a todas las personas, pues solo se proclama respecto de los autores (art. 14 LPI) y artistas (art. 113 LPI), ni el objeto sería la personalidad, sino la prestación intelectual⁵⁷⁵, por lo que hoy la doctrina no parece muy proclive a entenderlo como derecho de la personalidad⁵⁷⁶.

Si se considerase que lo es, tendría su apoyo en el art. 20.1.b) CE⁵⁷⁷, pues este artículo no solo constitucionaliza el derecho a crear y producir obras intelectuales como un derecho previo a la realización de la obra,

⁵⁷³ CASTÁN TOBEÑAS (1952), pp. 57-58, siguiendo a DE CUPIS. También DE CASTRO Y BRAVO (1972), p.22. Esta doctrina seguía, a su vez, a GIERKE, que según ADENEY (2006), p. 28, fue el máximo exponente de la idea de que los derechos morales emanaban de los derechos de la personalidad. También en la doctrina francesa, MAZEAUD decía que la obra formaba “parte integrante de la personalidad del autor, es la creación de su espíritu, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo. No puede, por tanto, separarse enteramente de él”, citado por ESPÍN CÁNOVAS (1991), p. 20, quien afirma (p. 31) que estamos ante un derecho de la personalidad, aunque no se le pueda conferir el carácter de innato.

⁵⁷⁴ Según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, citado por PLAZA PENADÉS (1997), p. 138, que comparte su opinión, la trascendencia real que la teoría del derecho de la personalidad ha tenido ha sido poner de manifiesto que en el contenido del derecho de autor hay un núcleo de facultades intransmisibles.

⁵⁷⁵ En este sentido, SÁNCHEZ JORDÁN (1993), p. 847; MARTÍN VILLAREJO (2007), p. 638; CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1666-1667. En el derecho comparado, también defienden esta idea LUCAS / LUCAS-SCHLOETTER / BERNAULT (2017), p. 475.

⁵⁷⁶ No ve claro que pueda tener apoyo en este artículo (debido a los vaivenes jurisprudenciales), RODRÍGUEZ TAPIA (2009), pp. 70-71.

⁵⁷⁷ DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 57, pero admitiendo que sigue siendo discutible que el derecho moral de autor sea un derecho de la personalidad.

sino que se proyecta sobre el resultado final de dicha actividad, la obra en sí, y los derechos inherentes al autor sobre la misma⁵⁷⁸. Desde un punto de vista más práctico, se postula que carece de relevancia práctica que el derecho moral de autor se entienda o no como derecho de la personalidad⁵⁷⁹.

2.4.8. Derechos de nuevo cuño

La tutela de la personalidad humana exige que el Derecho vaya adaptándose no solo a nuevas realidades que el legislador de 1982 no podía prever por aquel entonces, sino también a la protección que la sociedad demanda en cada momento. Así, por un lado, nos encontramos con derechos que han ido surgiendo tímidamente al calor de los avances tecnológicos, y por otro constatamos la necesidad de reconocer en clave de derechos algunas realidades que, aunque ya estaban ahí, no se concretaban en un derecho específico. En el primer grupo podemos enunciar, a título de ejemplo, el “derecho al carácter”, entendido este como una protección contra las evaluaciones del carácter de una persona no consentidas, sea a través de tests psicotécnicos, exámenes grafológicos o pericias psiquiátricas. Este derecho se vería especialmente vulnerado cuando los prestadores de servicios *online* trazasen perfiles fidedignos de la persona con la información que obtienen de nuestra interacción en la red⁵⁸⁰. Derecho que, además, tendría claras implicaciones económicas, ya que permite crear publicidad personalizada y, por tanto, mucho más agresiva⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ PLAZA PENADÉS (1997), p. 282, que parte de una interpretación histórica legislativa y derivada del contexto del precepto en cuestión.

⁵⁷⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 48, y de nuevo en (2017), p. 279.

⁵⁸⁰ Entendemos que este derecho difiere del de protección de datos por cuanto no estamos solo ante un tratamiento de datos, sino ante la creación de perfiles individualizados de las personas, que pueden afectar por ejemplo en la selección de trabajadores por una empresa. Encontramos mención a este derecho en la doctrina portuguesa, siendo especialmente interesantes las apreciaciones de GUIMARÃES (2017 A), pp. 305-307, quien dice que no prestamos nuestro consentimiento consciente para este tipo de “investigación sobre nuestro carácter”, por mucho que aceptemos unas condiciones generales de tratamiento de datos.

⁵⁸¹ GUIMARÃES (2017 A), p. 306.

El denominado “derecho al olvido”, antes visto, también podría encuadrarse en esta primera categoría, si bien nosotros consideramos que estamos ante una faceta del derecho a la intimidad personal, y no ante un derecho autónomo, como ya expusimos anteriormente.

En el segundo grupo podríamos incluir el derecho a no ser discriminado, como específico derecho de la personalidad que protegería frente a discriminaciones por razón de la raza, el sexo, la religión, la edad, las convicciones políticas, la lengua o la situación económica, y que se justificaría por cuanto son múltiples las implicaciones que puede tener en el ámbito del derecho privado⁵⁸².

Y también en este segundo grupo entendemos que se inserta el derecho a la voz, ya que estamos ante un rasgo de la personalidad que nos identifica, y cuya necesidad de protección se ha acrecentado debido al uso masivo de las nuevas tecnologías. Estas permiten una captación, grabación y reproducción de la voz mucho mayor a antaño. Si bien se trata de una realidad que entendemos que surgió con la invención de los aparatos de grabación del sonido, y aunque alguna doctrina se planteó el derecho a la voz ya a finales del s. XIX, en nuestro ordenamiento todavía no se ha reconocido debidamente. A su estudio pormenorizado dedicaremos el capítulo tercero del trabajo.

3. Las intromisiones ilegítimas en la voz de las personas

3.1. INTRODUCCIÓN: EL “CAÓTICO” ART. 7 LO 1/1982

La acción dañosa contra los derechos de la personalidad recibe el nombre de intromisión ilegítima, eje sobre el que gira toda la regulación dada por la LO 1/1982, que ya menciona el concepto en su art. 1.1, al establecer que el derecho del art. 18.1 CE quedará protegido civilmente “frente a todo género de intromisiones ilegítimas”. Esta previsión tan amplia (“todo género”) se ve concretada positivamente en los arts. 2.1

⁵⁸² Así lo reconocen ya GARCÍA RUBIO (2013), p. 610 y en el derecho portugués GUIMARÃES (2019), p. 15.

y 7 LO/1982, y negativamente en los arts. 2.2 y 8 LO/1982. El art. 2.1 deja claro lo ya adelantado por la exposición de motivos: que el ámbito protegido por estos derechos no solo corresponde a lo dicho por las leyes, sino también a los usos sociales y a la esfera que cada persona mantenga reservada para sí misma. Es decir, que el ámbito de protección se deja a la “prudente determinación” por el juzgador en función de datos variables según los tiempos y las personas. Pero esta relativización, como bien ha apuntado la doctrina, no se refiere al proceder del sujeto activo, al ofensor, sino solo en relación con la persona ofendida respecto del ámbito del derecho protegido⁵⁸³.

Al respecto debemos apuntar que, en especial en la última década, el modo en que las personas socializan ha cambiado, teniendo un papel preponderante las redes sociales, nutridas principalmente de la publicación de contenidos que afectan a la esfera personal. Así, los riesgos de intromisión han aumentado exponencialmente, y el juzgador tendrá que ser especialmente cuidadoso a la hora de analizar qué se entenderá por intromisión cuando parezca que lo privado se ha tornado en público. En nuestro ordenamiento, sintéticamente dejamos apuntado que el TC mantiene una postura marcadamente “privatista”, en el sentido de impedir el uso de rasgos de la personalidad publicados en la web para un fin distinto del que fueron autorizados por su titular⁵⁸⁴.

En un intento por concretar las intromisiones ilegítimas de las que pueden ser objeto estos derechos, el art. 7 LO 1/1982 vuelve a pecar de poca precisión a la hora de separar la regulación de cada derecho – cuestión que, en general, se aprecia en todo el articulado de la ley⁵⁸⁵ –.

⁵⁸³ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1369, poniendo como ejemplo que los cómicos o tertulianos que realicen comentarios ofensivos no tiene por qué verse eximidos, en todo caso, de incurrir en una de las intromisiones señaladas por la ley.

⁵⁸⁴ Así se defiende en la reciente STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020/84828).

⁵⁸⁵ Compartimos la apreciación de YZQUIERDO TOLSADA (2018), pp. 221-222 sobre la poca fortuna de la LO 1/1982 a la hora de (no) separar la regulación de los derechos que esta protege. El autor entiende que el legislador cometió un error al mezclar la regulación de los derechos, que para él son cuatro: honor, intimidad personal, intimidad familiar e imagen. Creemos que a su enumeración faltaría añadir, cuando menos, el derecho al nombre y el derecho a la voz, dado que la LO 1/1982 también se ocupa de ellos. Sobre la necesidad de un tratamiento diferenciado en algún tema

En efecto, el art. 7 LO 1/1982 recoge un remero de intromisiones ilegítimas sin orden ni concierto, que a veces mencionan el concreto derecho afectado por la intromisión, pero otras debe deducirse del articulado el derecho o derechos afectados. La explicación parece encontrarse en la tramitación parlamentaria de la ley, cuando dice que el objeto en sí sobre el que recae un derecho de la personalidad se hace difícil e inaprehensible cuando se intenta definir como puro ámbito de poder o responsabilidad, pero en cambio “por la vía indirecta de analizar los supuestos que pueden conceptuarse como transgresiones, se ha ido perfilando mucho mejor el contenido de los derechos mismos”⁵⁸⁶. Sea como fuere, siempre cabrá incluir otros supuestos de intromisiones ilegítimas, pues no se trata de una lista de *numerus clausus*, como ya ha declarado el TS en una de sus primeras sentencias desde dictada la LO 1/1982⁵⁸⁷, y como sigue reiterando la doctrina⁵⁸⁸.

3.2. LAS INTROMISIONES POR MEDIO DE APARATOS DE ESCUCHA

Las dos primeras intromisiones (art. 7.1 y 7.2 LO 1/1982) son aquellas provocadas por el emplazamiento y la utilización “en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”, o de uso “de manifestaciones o cartas privadas no destinadas

específico como sería el consentimiento para la intromisión también se ha pronunciado SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2011), p. 151, quien no ve viable que se pueda consentir una intromisión en el derecho al honor, lo que nosotros vemos discutible.

⁵⁸⁶ La tramitación parlamentaria de la LO 1/1982 puede consultarse en la siguiente dirección:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI1&PIECE=IWI1&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28HONOR%29.OBJE.&DOCS=1-1 [Fecha de última consulta: 23/1/2020].

⁵⁸⁷ STS de 28 de octubre de 1986 (RJ 1986/6015).

⁵⁸⁸ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 8, estima que la ley recoge las formas de ataque más habituales, pero permitiendo atraer hacia su ámbito de aplicación otra fenomenología por la vía indirecta, mediante la delimitación del mapa enunciativo de las intromisiones que, en cambio, pueden considerarse legítimas, siendo el Juez pieza clave del sistema de defensa de estos derechos.

a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”. Queda claro que el mero emplazamiento de tales aparatos ya constituye de por sí una intromisión⁵⁸⁹. Los derechos que pueden ser vulnerados con esta intromisión son, claramente, el derecho a la intimidad (en sus dos vertientes, y sin que sea necesario analizar el contenido de lo captado), y el derecho al honor (cuando, por ejemplo, se usen las grabaciones para menoscabar la dignidad del ofendido). Pero también podrá afectar al derecho a la propia imagen –si se trata de dispositivos que capten la imagen de las personas– y al derecho a la voz, dado que, como su nombre indica, los “aparatos de escucha” (y también los de filmación) captarán la voz de las personas. Así, entendemos que en estas intromisiones, dependiendo del caso, podrán verse vulnerados conjuntamente varios de estos derechos, como sucede en la STC 25/2019 en la que el uso de cámaras ocultas, además de una intromisión en la intimidad y en el honor, constituyó una intromisión en el derecho a la propia imagen “intensificada” por la captación de la voz⁵⁹⁰.

3.3. LA DIVULGACIÓN DE HECHOS A TRAVÉS DE LA VOZ

Los apartados 3 y 4 del art. 7 LO 1/1982 se refieren a la divulgación de hechos y a la revelación de escritos sobre la vida privada de una persona o su familia, y a la violación del secreto profesional. Se trata de intromisiones en el derecho a la intimidad, o de esta junto con el honor. En caso de que la divulgación de tales hechos sea a través de la voz de la persona ofendida, el estudio de la voz entendemos que se deberá abordar únicamente desde la perspectiva de esta como medio de expresión y comunicación entre las personas, pero no como derecho, ya que el objeto de estas intromisiones serán los hechos revelados, siendo la voz un mero vehículo comunicativo. No obstante, en estos casos de revelación “sonora” (que no será la más usual, pues normalmente será por un medio escrito), será difícil que no se esté incurriendo, además, en una de las intromisiones descritas en los apartados 1 y 2 comentados anteriormente.

⁵⁸⁹ Así lo entiende la STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000/98).

⁵⁹⁰ STC 25/2019 de 28 febrero (RTC 2019\25), a la que nos referiremos en el ap. 3.2., cap. III.

3.4. INTROMISIONES EN EL DERECHO DE IMAGEN, ¿Y POR ANALOGÍA EN EL DERECHO A LA VOZ?

El art. 7.5. LO 1/1982 se refiere solo a la imagen cuando dice que se considerará intromisión ilegítima la “captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art 8.2”. Debemos destacar varias cuestiones que ha suscitado este artículo. En primer lugar, el TS ha distinguido entre un primer consentimiento para ser fotografiado, y un segundo consentimiento expreso para que esa fotografía se publique, por lo que de contarse con el primero pero no con el segundo, se podrá reputar intromisión ilegítima la publicación de una fotografía⁵⁹¹.

En segundo término, la dicción del artículo, que se refiere a la captación de la imagen “en lugares o momentos de su vida privada” ha llevado a algunos a decir que el derecho a la propia imagen sería una manifestación del derecho a la intimidad⁵⁹². Como ya expusimos, esto ya ha sido reiteradamente negado por el TS, diferenciando ambos derechos. Además, a continuación de señalar la ilicitud de captar momentos de la vida privada, la expresión “o fuera de ellos” supone que también se está protegiendo la imagen cuando, aun no estando ante una situación estrictamente privada, no son de aplicación las excepciones del art. 8.2 LO 1/1982.

En tercer lugar, vemos que el artículo solo se refiere a la imagen de la persona, y no a su voz (como sí hace en el apartado siguiente). Si hiciésemos una analogía con la voz, podríamos decir que la captación, reproducción o publicación por fonograma, filme o cualquier otro procedimiento, de la voz de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos por el art. 8.2

⁵⁹¹ Así lo entendió ya la STS de 3 de noviembre de 1988.

⁵⁹² MUNAR BERNAT (1995), p. 5280, para quien el derecho a la propia imagen protege a su titular, por un lado, contra la desnaturalización de su personalidad social (siendo, por tanto, diferente al derecho a la intimidad), y por otro, contra la investigación y revelación a través de los medios de reproducción de aquella parte de su vida que el público no tiene interés legítimo en conocer, lo que sí que podría conectar en cierto modo con el derecho al respeto a la vida privada.

LO 1/1982, se podría considerar una intromisión ilegítima. Que el legislador no lo haya contemplado puede deberse a que considere que la captación y difusión de la imagen o de la voz de una persona sin su consentimiento no le afectan de igual modo, siendo más intensa en el primer caso. Por lo que la captación de la imagen sí se considera una intromisión ilegítima, pero la captación y difusión de la voz, no. Pero también se podría sostener una segunda razón para esta omisión de la voz en este apartado 5, y que dado lo escueta que resulta la ley orgánica, no sería del todo descabellada: que el legislador, sencillamente, no se lo planteó⁵⁹³. De la misma manera que GITRAMA sostenía, hace más de medio siglo, que el “derecho a la propia imagen, escasa protección requería cuando aun no se había inventado la fotografía y el efigiado había de posar ante el pintor, el dibujante o el escultor. Mayor tutela precisa, en cambio, desde que descubierta y perfeccionada aquella, la instantánea y el teleobjetivo ponen a cualquiera en el peligro de que su imagen sea reproducida (...). En nuestros días, la puesta al alcance de todos de tan nuevos como fáciles medios de reproducción de la imagen, hace que sea expuesta más frecuentemente y hasta más violentamente la efigie humana a los riesgos de una inopinada difusión, de una publicidad probablemente no querida por la persona”⁵⁹⁴; nosotros entendemos que esto mismo está sucediendo con la voz humana. Cada vez resulta más fácil captarla, almacenarla, reproducirla y distribuirla con un alcance, si se quiere, global. Nada impediría, en nuestra opinión, el extender la tutela del art. 7.5 LO 1/1982 a la captación, reproducción y publicación de la voz en momentos de su vida privada.

⁵⁹³ En los años en los que se redactó la LO 1/1982 la realización de fotografías y de vídeos, si bien no resultaba tan fácil como ahora, sí que se daba con relativa frecuencia. No sucedía así con la mera captación de la voz por grabadoras, mientras que hoy se ha extendido, gracias a los dispositivos móviles, no solo la realización y publicación instantánea de imágenes (que como decimos, en cierto modo ya se daba hace cuatro décadas), sino también la grabación, difusión y publicación de notas de voz.

⁵⁹⁴ GITRAMA GONZÁLEZ (1962), p. 303.

3.5. EL USO DE LA VOZ PARA FINES PUBLICITARIOS, COMERCIALES O DE NATURALEZA ANÁLOGA

Continuando con la tipificación de las intromisiones ilegítimas, el apartado 7.6 LO 1/1982 sí menciona a la voz al considerar intromisión “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Según el TS, bastaría la simple utilización de cualquiera de estos tres rasgos de la personalidad para considerar consumada la intromisión, sin necesidad de acreditar o acudir a otras motivaciones, habida cuenta del carácter imperativo con que se manifiesta el art. 2.1 LO 1/1982⁵⁹⁵.

Como bien destaca la doctrina, los supuestos más comunes de intromisiones en esta sede vendrán dados por la apropiación por parte de una empresa comercial de la imagen, del nombre o de la voz de una persona conocida por el público por su actividad artística, deportiva, política o similar⁵⁹⁶. Pero nosotros no descartamos que la voz pueda pertenecer a una persona anónima, si de su uso se desprenden los fines mencionados, como ya ha reconocido en algún caso la jurisprudencia⁵⁹⁷. Por otra parte, también entendemos que se verían amparadas por este precepto las imitaciones incontinentes de la voz para usos comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga, al igual que sucede con las reproducciones representativas de la imagen, (aquellas que van más allá de la mera representación gráfica de la figura humana mediante procedimientos mecánicos o técnicos de reproducción). Es decir, que se ampararían tanto las representaciones artísticas por medio de pinturas o esculturas, en el caso de la imagen, o escénicamente mediante la caricaturización, en el caso de la imagen y

⁵⁹⁵ STS de 5 de octubre de 1989 (RJ 1989\6886), mencionada por MUNAR BERNAT (1995), p. 5280.

⁵⁹⁶ MUNAR BERNAT (1995), p. 5280, citando el caso *César Manrique*, artista cuyo nombre se usó ilegítimamente, lo que se condenó en la STS de 5 de octubre de 1989.

⁵⁹⁷ Véase la SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 septiembre 2003 (AC 2004\289), que más adelante comentaremos.

la voz, caricaturización que se logrará, las más de las veces, con una imitación⁵⁹⁸.

Como veremos más adelante, este apartado del art. 7 LO 1/1982 es el que más juego ha dado a la doctrina que sí considera la existencia de un derecho a la voz en el ordenamiento jurídico español⁵⁹⁹. Lo cierto es que la inclusión de este rasgo en el articulado no se dio desde un primer momento, sino más bien al final de la tramitación de la ley, como bien se refleja en los trabajos parlamentarios. Así, los primeros borradores de la Ley orgánica solo contemplaban “la utilización del nombre o de la imagen de una persona”⁶⁰⁰, y hubo que esperar hasta una de las enmiendas propuestas en el senado para su inclusión como intromisión ilegítima en el art. 7.6, justificándose –un tanto escuetamente– en que la voz “identifica o puede identificar perfectamente a una persona”⁶⁰¹. La enmienda fue aceptada por unanimidad por parte de la ponencia quedando redactado el artículo 7.6 como lo conocemos actualmente⁶⁰².

⁵⁹⁸ En este sentido, *vid.* FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 8, citando como ejemplos varios casos en los que se vulneran el derecho a la propia imagen mediante caricaturas o, en general, reproducciones representativas.

⁵⁹⁹ En otros ordenamientos jurídicos como el estadounidense, la intromisión ilegítima por excelencia en el *right of publicity* es el uso inconsentido de la identidad (entendiendo esta de manera amplia, ya que englobaría derechos como los de imagen y voz) para fines publicitarios. De hecho, a fecha de diciembre de 2018, de los 23 Estados que han reconocido legalmente (si sumamos los que lo reconocen vía *common law*, son más) un *right of publicity*, solo Kentucky y South Dakota no señalan los “*advertising purposes*” como una intromisión ilegítima, aunque sí que recogen como intromisión el uso para fines comerciales, por lo que los casos publicitarios podrían quedar englobados aquí.

⁶⁰⁰ Así se observa en los textos publicados en los boletines oficiales de las Cortes generales, Congreso, de fechas 19 de diciembre de 1989 (p. 640, columna der.); 3 de junio de 1981, (p. 642/9, columna izq.), 25 de noviembre de 1981, (p. 642/15, columna izq.), y 8 de enero de 1982 (p. 642/20, columna der.).

⁶⁰¹ La enmienda fue propuesta por el senador de UCD José Gabriel Sarasa Miquélez. Enmienda núm. 57, publicada en el BO de las Cortes Generales, Senado, de 18 de febrero de 1982, p. 26, columna izq.

⁶⁰² Informe de la ponencia encargada del Proyecto de LO sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BO de las Cortes Generales, Senado, de 9 de marzo de 1982, p. 37, columna izq.

3.6. LA DIFAMACIÓN POR MEDIO DE LA VOZ

Por último, el art. 7.7 LO 1/1982 contiene la conocida difamación que, aun sin mencionarse tal término, se define como aquella intromisión que consiste en “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”⁶⁰³. Las intromisiones difamatorias afectarán, definitivamente, al derecho al honor, y de nuevo dejamos apuntado que, de realizarse tales difamaciones de forma oral, en nada afectarán al derecho a la voz aquí estudiado, pues además estaríamos ante la voz del intromisor, no del ofendido.

3.7. RECAPITULACIÓN

En definitiva, las intromisiones ilegítimas que tienen por objeto el derecho a la voz podrán ir desde el emplazamiento y utilización de aparatos de escucha o de filmación que capten la voz (apartados 1 y 2 del art. 7 LO 1/1982, pero también apartado 5 si hacemos una analogía con lo dicho para el derecho a la propia imagen), su reproducción inconsentida (de nuevo art. 7.5 LO 1/1982), y su utilización para fines comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga, si no se cuenta con la anuencia de su titular. A estas intromisiones que se derivan del listado del art. 7, se podría añadir una última que, aun no estando expresamente prevista, quedaría amparada por el carácter abierto del listado de intromisiones propugnado por el art. 1.1 LO 1/1982. Se trataría de la imitación defraudatoria de la voz, es decir, de aquella imitación que pueda conducir a confusión al oyente sobre la identidad del titular de dicha voz. Ello cobrará especial relevancia cuando estemos ante voces conocidas cuyo valor económico no sea desdeñable. No obstante, como

⁶⁰³ Como señala YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1394, el texto original del art. 7.7 LO 1/1982, al establecer que sería intromisión “la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”, se exigía una divulgación para que el hecho fuese constitutivo de difamación, no bastaba con la mera imputación de hechos. El texto fue modificado por la disposición final 4ª del Código Penal de 1995, que eliminó la exigencia de divulgación, aunque para este autor (p. 1395) debería haber un cierto nivel de divulgación para poder hablar de intromisión no permitida.

dejamos apuntado antes, esta intromisión también podría incluirse por vía analógica en el art. 7.6 LO 1/1982.

4. El consentimiento previsto en la LO 1/1982

4.1. EL CONSENTIMIENTO DEL ART. 2.2. LO 1/1982

Debemos partir de que el consentimiento previsto en el art. 2.2 LO 1/1982 que autoriza la intromisión en los derechos de la personalidad se refiere a la cesión de algunas de las facultades que integran cada uno de los derechos, señaladamente el de imagen, pero también el de la intimidad y, en nuestra opinión, el de la voz, pero ello no implica una abdicación del derecho por parte de su titular, ni tampoco su adquisición por parte del beneficiario, puesto que estamos ante derechos inherentes a la persona misma⁶⁰⁴.

El art. 1.3 LO 1/1982, en su segundo inciso, dice que “la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley”, art. 2 que a su vez entiende, en sus apartados 2 y 3, que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, consentimiento que “será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

Este sistema de protección elegido por el legislador, cuyos pilares son la necesidad de que el consentimiento sea expreso, y la facultad absoluta de revocación de tal consentimiento, ya fue objeto de bastante crítica nada más ser promulgada la ley. Se señaló que se podría haber optado por otros sistemas más respetuosos con los derechos y expectativas del que conviene con el titular la cesión de estos

⁶⁰⁴ MUNAR BERNAT (1995), p. 5280; YZQUIERDO TOLSADA (2014), pp. 1424-1425. Sobre esto volveremos más adelante en el cap. IV.

derechos⁶⁰⁵. En este sentido, abogarían por mantener la protección “regular” de los cesionarios (es decir, la derivada de las normas del Derecho de contratos), con múltiples controles del acto de cesión, que por ejemplo fijase límites de contenido, de tiempo o de personas, y cuya transgresión determinase la nulidad del contrato *ex art. 1271 CC*. CLAVERÍA GOSÁLBEZ pone como ejemplo que “no cabe ceder la imagen o la voz indefinidamente en el tiempo o a un número indeterminado de personas”. En cambio, consideraría insuficiente la alusión a la indemnización, que puede traer dificultades de prueba de las expectativas que la cesión había creado⁶⁰⁶. En esta línea, la doctrina propuso una interpretación laxa de estos preceptos, diciendo que la ley contempla una manera de disponer de aspectos de esos derechos, concretamente la disposición por acto unilateral (obsérvese que el artículo 1.3. habla de “supuestos de autorización o consentimiento”⁶⁰⁷), pero no se contempla el contrato, lo que se puede interpretar como una

⁶⁰⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), p. 1254, para quien el régimen protege, a la vez, demasiado y demasiado poco: demasiado porque se están sacrificando intereses, sin necesidad, de determinadas personas que pueden ver frustradas sus expectativas si el titular hace uso de la facultad de revocación; y demasiado poco por no impedirse disponer de determinados derechos (singularmente señala el honor) o por no impedir disponer a un número indeterminado de personas.

⁶⁰⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), pp. 1254-1255.

⁶⁰⁷ Con anterioridad a la promulgación de la LO 1/1982, autores como CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), p. 1253 hablaban más bien de “acuerdos”, y no de actos unilaterales de cesión. Así, las protecciones al titular de los derechos de la personalidad venían mediante las limitaciones establecidas en dicho acuerdo, no mediante la concesión al titular de un poder jurídico de revocación del acto dispositivo. Lo que se entendía prohibido era, por ejemplo, ceder los derechos de forma indefinida, o a un número indeterminado de personas. Otra cosa sería las autorizaciones unilaterales, cuyo consentimiento, según GITRAMA (1962), p. 342, no parecía ofrecer dudas que pudiese ser revocable, pues de no ser así, podría condenarse a una persona que, en un momento de irreflexión, brindó tal consentimiento gratuito, a sufrir un daño permanente, contrario al principio moral informador de la máxima *nemo locupletior cum aliena jactura*. En este caso, ni será necesaria motivación alguna del porqué de la revocación (haciendo una analogía el autor con lo previsto, en sede de propiedad intelectual, para el autor de la obra literaria que ejercita la facultad de arrepentimiento) ni habrá obligación de resarcir por la revocación efectuada.

laguna, por lo que este debe tener cabida vía art. 1.1 y 1.4 CC⁶⁰⁸. Hoy se sigue cuestionando esa libertad absoluta de revocación del consentimiento cuando estamos ante contratos de explotación de determinados derechos, postulándose que ha de hacerse una interpretación correctora del art. 2 LO 1/1982, limitándolo a los actos de autorización unilateral, pero proscribiéndolo en los contratos de cesión, ya que podría ir en contra los principios de buena fe e irrenunciabilidad aplicables a las relaciones contractuales⁶⁰⁹. Sobre esta cuestión volveremos en el capítulo cuarto del trabajo.

4.2. EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD

Siendo el objetivo de los derechos de la personalidad hacer efectivos los valores dignidad y personalidad, resulta indiscutible que todo menor de edad es titular de los mismos, pues toda persona, por el mero hecho de serlo, los ostenta (entre otros, art. 18 CE, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 4.1 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor)⁶¹⁰. Estos derechos, como vimos, son inherentes a la persona, por lo que en principio solo son ejercitables por su titular, sin que quepa la representación⁶¹¹. Cuestión diferente será que los representantes legales del menor deban completar su capacidad en determinadas situaciones en donde lo que esté en juego sea el ejercicio, que no la titularidad, de estos derechos. La patria potestad derivada del art. 154 CC permite a sus titulares la representación legal de los hijos, esto es la ayuda en su toma de decisiones y en sus actuaciones jurídicas. No obstante, ello no implica que el menor quede

⁶⁰⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), p. 1255, para quien no estaría de más que en el contrato se consignase expresamente que se renuncia a la revocación, dada la alusión expresa a ella que hace la ley y dado que la denuncia unilateral no es incompatible en principio con la noción de contrato.

⁶⁰⁹ GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 620-621. Otros autores, como BLASCO GASCÓ (2008 A), p. 151, también consideraron que no puede utilizarse la facultad revocatoria con el único fin de desligarse de la cesión hecha por contrato para aceptar otro de mejores condiciones económicas.

⁶¹⁰ ROCA TRÍAS (1999), p. 216, citando a Campbell, dice que “una cuestión elemental, a menudo olvidada, es que los niños son personas”.

⁶¹¹ Sobre esta cuestión, centrada en el fenómeno del *sharenting*, vid. AMMERMAN YEBRA (2018 B), pp. 253-264.

excluido de toda decisión, de hecho, en materia de derechos de la personalidad la regla es precisamente la contraria. Así, según el art. 162 CC quedan excluidos de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. La redacción del este párrafo 1º del art. 162.2 ha sido dada por la Ley 26/2015⁶¹², añadiéndose un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en donde el menor tenga madurez suficiente. Con anterioridad a la reforma, el artículo estaba formulado de forma más extensa, quedando excluidos de la representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por tanto, se puede decir que la excepción estaba prevista con mayor amplitud, permitiéndose también “otros actos”, no solo los de los derechos de la personalidad⁶¹³.

Sobre el nuevo inciso que prevé la intervención de los representantes legales incluso en los supuestos en los que el menor actúa de forma madura, entendemos, al igual que lo hace parte de la doctrina, que esta restricción a la capacidad de actuar del menor—que en todo caso debe verse como mera asistencia pero no como una verdadera representación— podría entrar en colisión con lo dicho en el art. 3 LO

⁶¹² Concretamente, es el art. 2, apartado 12 de la ley 26/2015 el que modifica el art. 162 CC.

⁶¹³ SEISDEDOS MUÑO (2016), p. 822 trata de encontrar una explicación en una enmienda que el Grupo Parlamentario Popular del Senado hizo al art. 162.1, y que se trataría de dejar claro que solo en los actos relativos a los derechos de la personalidad, y no en otros, puede quedar excluida la representación de los progenitores. Pero como acertadamente señala la autora, son muchos los actos en donde los menores no emancipados gozan de suficiente capacidad. También VARELA CASTRO (2016), p.54, se muestra muy crítico con la reforma, entendiendo que la anterior redacción resultaba más aperturista que la que mantiene el nuevo tenor del precepto. Defiende que se debería modificar nuevamente este artículo, a los efectos de que recogiese la regla de capacidad de obrar del menor, para que pudiese realizar, siempre en satisfacción de su beneficio, no solo los derechos de la personalidad, sino también los actos que la ley expresamente le permita celebrar y aquellos otros actos que, conforme a sus condiciones de madurez y usos sociales, pudiese realizar por sí mismo.

1/1982⁶¹⁴. Según este artículo, “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, sin establecer por tanto más requisitos que haber alcanzado una capacidad natural tal que le permita comprender el acto para el que consiente⁶¹⁵. Esta norma prevalecería sobre la de Código civil por aplicación del principio de competencia.

Por otra parte, la literatura jurídica se ha preguntado si el consentimiento previsto en el art. 3 LO 1/1982 se refiere solo a actos de mera autorización o permiso para la intromisión, o también englobaría actos en donde haya un verdadero consentimiento contractual⁶¹⁶. Desde nuestro punto de vista –siguiendo a la mejor doctrina, que parte de que el concepto de persona que asumieron los Códigos civiles decimonónicos como el español (noción que se caracterizaba por sus notas de funcionalidad, abstracción y patrimonialidad), ya ha sido superada, gracias tanto a las Declaraciones de Derechos Humanos como a constituciones como la española que, consagrando el valor supremo

⁶¹⁴ SEISDEDOS MUÍÑO (2016), p. 826. VARELA CASTRO (2016), p. 50, argumenta que dicha previsión no debería permitir en todo caso una fiscalización de los asuntos del menor en ejercicio de sus derechos de la personalidad cuando actúa de forma madura y en aras de su interés. Por su parte, SÁNCHEZ GÓMEZ (2016), p. 4 entiende que el propósito del legislador no ha sido restringir la capacidad de obrar de los menores de edad sino aclarar cuál debe ser la actuación de los progenitores (tuitiva y no limitadora).

⁶¹⁵ La explicación la encontramos, según PARRA LUCÁN (2013), p. 604, en que el Derecho no solo reconoce capacidades especiales a partir de ciertas edades (por ejemplo, otorgar testamento a los 14 años), sino que en ciertos casos en vez de fijar determinadas edades se remite a “la capacidad natural, al juicio, a la madurez del menor”.

⁶¹⁶ Por todos, *vid.* VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 318-325, quien resume las tres posturas existentes en la doctrina, a saber: aquellos que entienden que, independientemente de que la intromisión se articule o no por medio de un contrato, serán de aplicación las reglas del art. 3 LO 1/1982; unos segundos que entenderían que el art. 3 LO 1/1982 solo se aplicaría a supuestos extracontractuales; y una tercera postura en la que se incluye el autor, y que solo utilizaría el art. 3 LO 1/1982 para supuestos en donde esté en juego el derecho fundamental de imagen, dejando para la regulación del CC los supuestos que cayesen dentro del llamado “derecho patrimonial de imagen”.

de la persona y la dignidad humana, obligan a reinterpretar las normas civiles de acuerdo con esos parámetros⁶¹⁷— entendemos que el art. 3 LO 1/1982 se refiere tanto al consentimiento prestado en sede contractual, como al de mera autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad. Y ello porque toda disposición de estos derechos, aunque tenga un fuerte componente comercial, no deja de repercutir en la personalidad del individuo, y por tanto en su dignidad, motivo por el que no nos parecen dissociables el ámbito patrimonial y el personal. Así, en caso de que el menor consienta por medio de un contrato⁶¹⁸—y siendo aplicable el art. 1263 CC, que permite que los menores no emancipados puedan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes los contratos que les permitan las leyes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad⁶¹⁹, lo que entendemos que es remisión a lo previsto en los arts. 3 LO 1/1982 y 162.2.1º CC—, resultará aplicable, como ya dijimos, el criterio de la madurez, por lo que si un menor reúne los requisitos de capacidad natural para realizar tal

⁶¹⁷ GARCÍA RUBIO (2013 B), p. 88.

⁶¹⁸ Cuando se abre una cuenta en una red social se aceptan determinadas condiciones del servicio, lo que permite que podamos calificar la relación como contractual. La red social *Facebook*, por ejemplo, tiene como una de sus condiciones que el usuario conceda una licencia de uso sobre el contenido compartido: “En concreto, cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual (como fotos o vídeos) en nuestros Productos, o en relación con ellos, nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir tu contenido, así como para crear contenido derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). Consultado en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> el 30/05/2018. [Fecha de última consulta: 13/10/2019]

⁶¹⁹ Cabría preguntarse qué eficacia tendría aquel consentimiento prestado tanto por el menor como por sus representantes legales (habría, por tanto, un doble consentimiento), cuando el contrato se proyecta sobre una época en la que el menor traspasa la barrera de la mayoría de edad. Sobre esta cuestión, OTERO CRESPO (2009), pp. 145-146, quien se plantea si resultaría necesaria o adecuada una renovación del consentimiento contractual ya como mayor de edad. Concluye que nada impediría una prórroga tácita del contrato que, de no considerarse inválida, vincularía al menor para cuando sea mayor, proyectándose ambos consentimientos, lo que no dejaría de ser anómalo.

contrato, este será válido sin necesidad de ningún tipo de asistencia complementaria.

En caso de que no concurra el grado de madurez necesario, el art. 3.2 LO 1/1982 dispone que “el consentimiento (del menor) habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”. No obstante, según reconoce la propia Fiscalía en su Instrucción 2/2006⁶²⁰, esta previsión se cumple rara vez, y de hecho se exhorta a los fiscales a abstenerse de utilizar este incumplimiento para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor⁶²¹.

Pero ante situaciones de desprotección de los menores, como podría ser el caso del *sharenting*, sí que se indica en la Instrucción la necesidad de actuación de la fiscalía. Por otra parte, ante la pregunta de si los progenitores serán responsables civilmente del daño ocasionado negligentemente a sus hijos menores cuando se produce una anulación de sus derechos, hoy buena parte de la doctrina responde afirmativamente⁶²². Concretamente, en el Derecho comparado ya vemos voces que advierten de los peligros del *sharenting* y de la

⁶²⁰ Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

⁶²¹ Para un análisis sobre el contenido de la Instrucción 2/2006, *vid.* MACÍAS CASTILLO (2008), pp. 1-17, quien ve como muy positivas algunas de sus aportaciones, como que de una parte se acentúe la necesidad de que los fiscales actúen ante situaciones de desprotección de los menores y, de otra, se pida la máxima prudencia cuando no exista desamparo aparente por estar los representantes legales desempeñando con normalidad sus facultades como tales.

⁶²² Así, ROCA TRÍAS (1999), p. 539-540, “el principio general de responsabilidad civil contenido en el art. 1902 CC, según el cual quien causa daño a otro debe repararlo, se aplica en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que no existe inmunidad”. El fundamento lo encuentra la autora, opinión que compartimos, en que para ella la familia no puede considerarse como una realidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del individuo. Ello explica el porqué de que existan zonas de responsabilidad entre familiares, pues el Estado protege los derechos de los individuos frente a todos, incluidos familiares. También VALPUESTA FERNÁNDEZ (2012), p. 345, quien entiende superados los perjuicios que excluían del ámbito familiar la responsabilidad civil.

responsabilidad de los padres cuando, aunque sea inintencionadamente, compartan contenidos online que puedan causar daños a sus hijos⁶²³. En especial, es la doctrina anglosajona la que está señalando los riesgos que puede suponer para los menores que se antepongan los intereses de los padres a los suyos, proponiendo que se limiten ciertas prerrogativas parentales a favor de una mayor capacidad decisoria de los menores⁶²⁴.

A su vez, la jurisprudencia española está dando pasos –aunque por ahora pequeños, al igual que en otros países⁶²⁵– en la dirección de reconocer esta responsabilidad por vulneración de derechos de la personalidad. Así, en los tribunales menores, lo señala la SAP Lugo, 57/2017⁶²⁶ al establecer que “incluso se ha abierto un debate en países de nuestro entorno, como Francia, en el que se habla de conceder legitimación a los menores para que, una vez alcanzada tal edad, puedan ejercitar las acciones por vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen contra sus progenitores o familiares que hayan publicado fotografías o comentarios en las redes sociales durante su minoría de edad” (vid F.J. 4º).

⁶²³ STEINBERG (2017), p. 843. ROTHMAN (2018 A), pp. 121 y ss.: expone dos casos en los que los progenitores de los menores transfieren el *right of publicity* de sus hijos sin posibilidad de que estos lo recuperen. Para DOGAN (2019), pp. 326-327, indudablemente estos casos demuestran la necesidad de establecer límites al consentimiento prestado por los progenitores en nombre de sus hijos e hijas. Pero en lo que difiere su postura de la de ROTHMAN es en que no considera que el motivo sea la alienabilidad del *right of publicity* lo que impide que se puedan prohibir posteriormente los usos de las fotografías de estos menores, sino que lo que lo impide es haber firmado los padres un release –una suerte de licencia no-exclusiva– permitiendo el uso de esas concretas fotografías, que no requiere la transferibilidad del *right of publicity*.

⁶²⁴ Así lo ven DAILEY, A. / ROSENBURY (2018), p. 1502, quienes proponen un cambio a nivel constitucional que garantice una mejor protección del interés del menor. Más moderada se muestra BRAT (2018), pp. 917-841.

⁶²⁵ STEINBERG (2017), p. 856, señala que los tribunales norteamericanos siguen siendo reticentes a declarar responsables a los padres por estas causas: “*Courts have shown reluctance to grant children privacy rights in the context of family life. Even when a court recognizes a child’s reasonable expectation of privacy, the court often places higher value on the interests of the parent, family, and the state in exercising control over the minor child*”.

⁶²⁶ FJ 4º SAP Lugo, secc.1ª, 15 febrero (JUR 2017/82242).

Como en todos los supuestos que conciernen a los derechos de la personalidad, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concretas para concluir si estamos ante una intromisión o por el contrario el uso se puede reputar inocuo de acuerdo con los usos sociales⁶²⁷. Así, en un caso en el que un ayuntamiento utilizaba en su programa de fiestas la imagen de los menores de un colegio del municipio, ante la reclamación de uno de los padres por vulneración del derecho a la propia imagen del menor, se concluyó por la audiencia que se estaba ante un uso meramente accesorio, pues se trataba de una perspectiva general de un colectivo de personas, en el que el niño en cuestión no tenía una posición destacada, además de que la foto había sido tomada en un concurso festivo y público⁶²⁸.

4.3. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El art. 3 LO 1/1982, además de contemplar un régimen especial para los menores, también incluye a los “incapaces”. Sin entrar en esta sede en detalles sobre la obsolescencia del término “incapaces”⁶²⁹ y la conveniencia de sustituirlo por “personas con discapacidad”, lo cierto es que el artículo resulta insuficiente en toda su extensión en lo que se refiere a la protección de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad.

La afirmación anterior se hace patente, en especial, a raíz de la promulgación en el año 2006 de la Convención de Nueva York relativa a los derechos de las personas con discapacidad⁶³⁰. En ella, su art. 22.1

⁶²⁷ DE LAMA AYMÁ (2016), pp. 122-124 defiende la utilidad de este criterio para adecuarse a lo que en cada momento la sociedad considerase una intromisión ilegítima. Los define como “aquellos comportamientos relativos al contenido del derecho y sus límites que la sociedad siente como legítimos en cada momento y lugar”.

⁶²⁸ SAP Toledo (secc. 1ª), 117/2019, de 27 de septiembre (JUR 2019/293101).

⁶²⁹ Actualmente la doctrina entiende que bajo este término se incluyen tanto las personas que han sido incapacitadas judicialmente, como las que no. Así, SANTOS MORÓN (2000), p. 178. Pero como veremos, con el nuevo sistema esta terminología tendrá que cambiar, no solo por una cuestión de forma, sino sobre todo de fondo.

⁶³⁰ Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008.

establece la máxima de que “ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su *vida privada*, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones” (la cursiva de *vida privada* es nuestra).

Pero incluso más importante que el artículo anterior, es el art. 12 de la Convención, que lleva por rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, pues supone el pleno reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad en plenas condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida. Así, se está postulando una plena capacidad tanto en la titularidad de derechos como en la posibilidad de su ejercicio, lo que hace que muchas legislaciones estatales estén teniendo que adaptarse a esta nueva realidad que por fin respeta los derechos humanos de este colectivo⁶³¹. En nuestro ordenamiento, el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante, Anteproyecto)⁶³² hace desaparecer la figura del tutor para la personas

⁶³¹ Según GARCÍA RUBIO (2019 B), p. VI, la adaptación del art. 12 está siendo “el verdadero caballo de batalla tanto de las disputas académicas como de las propuestas de modificación legislativas que se ven como absolutamente necesarias, pero cuyo trazo exacto no se termina de ver del todo claro”. De la misma autora, también en (2018), pp. 143-192. Para un estudio exhaustivo del art. 12 de la Convención, nos remitimos a la reciente tesis doctoral de TORRES COSTAS (2020), accesible en Teseo <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=XftpLFfg%2FJA%3D>

⁶³² La tarea de reforma de la legislación civil para adaptarla a la Convención ha sido llevada a cabo por la Sección Primera, de lo Civil, de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Sobre cómo se llevó a cabo el desarrollo de esta tarea, *vid.* el trabajo de uno de los miembros de la Comisión: TORRES GARCÍA (2018), pp. 1-3. El Anteproyecto está disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291>. El punto III de la exposición de motivos del Anteproyecto de ley, refiriéndose al nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil (que pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”) deja sentado que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente

con discapacidad⁶³³ —quedando reservada la tutela solo para los menores no emancipados y no sometidos a patria potestad— y estableciéndose diversas medidas de apoyo tanto formales como informales; entre las primeras destaca la figura del curador, que solo podrá prestar apoyo en aquello que precise la persona con discapacidad (según el principio de necesidad) y de forma suficiente para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad)⁶³⁴.

Todo lo dicho anteriormente nos lleva a entender que el primer inciso del apartado primero del art. 3 LO 1/1982 debe ser la regla general: el consentimiento de la persona con discapacidad deberá prestarse por ella misma. La expresión “si sus condiciones de madurez lo permiten”, perfectamente válida para los menores, creemos que debería adaptarse para las personas con discapacidad, dejando claro que se debe respetar su voluntad y preferencias⁶³⁵. Las únicas particularidades que podrán tener estas personas derivarán, en su caso, de las medidas de apoyo con las que cuenten⁶³⁶.

capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

⁶³³ Este proyecto trata, como expresa GARCÍA RUBIO (2018 A), p. 29, de acabar con la situación de incoherencia entre el Código civil español y la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad.

⁶³⁴ GARCÍA RUBIO (2018 A), p. 34, partiendo de la concepción jurisprudencial que considera al apoyo como “un traje a medida”, o como dice la autora, “como tantos trajes a medida como sean necesarios, pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere”.

⁶³⁵ Este reconocimiento implica, no obstante, una capacidad también para asumir obligaciones, por lo que obliga a cuestionarse el concepto jurídico de imputabilidad, al menos desde el punto de vista civil, a efectos de la responsabilidad contractual y extracontractual. GARCÍA RUBIO (2020), *en prensa*.

⁶³⁶ Así, según el art. 266 del Anteproyecto, “las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años”.

Cuando el consentimiento que se preste a través del art. 3 LO 1/1982 sea contractual, creemos que las particularidades que puedan tener las personas con discapacidad no pueden ser entendidas como limitaciones a la capacidad de contratar. Así, no estamos de acuerdo con la nueva redacción dada por el Anteproyecto al segundo párrafo del art. 1263 CC –“las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”– ya que no se está atendiendo al propósito de la Convención. Como recientemente ha destacado la doctrina experta en el tema, “ni las personas con discapacidad han de soportar limitaciones a su capacidad de contratar, ni las medidas de apoyo pueden ser vistas en ningún caso como limitación de ningún tipo”⁶³⁷.

Cuestión más espinosa será determinar qué sucederá cuando la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo contrate sin este apoyo. Siguiendo a esta misma doctrina, nos parece sensata la distinción entre tres tipos de situaciones que podrían darse, y que muy sintéticamente apuntaremos⁶³⁸. La primera, cuando la persona con discapacidad carezca de la capacidad natural necesaria para realizar el acto, por lo que directamente faltará el consentimiento y estaremos ante un contrato nulo *ex art.* 1261 CC. La segunda, cuando la persona con discapacidad haya rechazado voluntariamente y sin presión alguna el apoyo, el contrato debería reputarse como válido⁶³⁹. Y la tercera, cuando la persona con discapacidad haya contratado sin el apoyo que precisaba, pero sin haber renunciado a él, situación en la que podremos distinguir dos variantes: por un lado, si concurrió algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia), capaz de viciar su voluntad de contratar o su voluntad de contar con el apoyo, caso en el que el contrato se podría anular por la persona con discapacidad; por otro, cuando no concorra ningún vicio del consentimiento; según esta doctrina, al menos de *lege ferenda* este contrato también se podría anular tanto por la

⁶³⁷ RIBOT IGUALADA (2019), p. 220; GARCÍA RUBIO (2020), *en prensa*.

⁶³⁸ Siguiendo la tripartición realizada por GARCÍA RUBIO (2020), *en prensa*.

⁶³⁹ Aquí GARCÍA RUBIO (2020), *en prensa*, puntualiza que se podría anular únicamente en caso de que concorra otro motivo de anulación, como por ejemplo un vicio del consentimiento de la persona con discapacidad, pero no sobre el apoyo, sino sobre el contrato en sí.

persona con discapacidad, como por el titular del apoyo omitido, pero siempre y cuando se produzca un aprovechamiento por parte de la otra parte contratante de la situación de vulnerabilidad (en este caso por mor de la discapacidad), obteniendo con ello una ventaja injusta a su favor⁶⁴⁰.

Con este nuevo paradigma, pronunciamientos como el de la STC 208/2013⁶⁴¹, que declaró la invalidez del consentimiento prestado por una persona con discapacidad para ser entrevistado y para difundir dicha entrevista en un conocido programa de entretenimiento, deberán replantearse. Ciertamente, habrá que mostrar mucha pericia a la hora de analizar e interpretar la voluntad de la persona con discapacidad para ver si ese consentimiento efectivamente existió (si tenía capacidad natural para ello) y si estaba o no viciado; recordemos que con el nuevo sistema el concepto de “mejor interés” se sustituye por el de “mejor interpretación de la voluntad de la persona”⁶⁴², lo que obliga a asegurar la integridad del consentimiento, en especial cuando estemos ante situaciones en las que el honor y la imagen de la persona con discapacidad, como sucedió en este caso, se vean tan comprometidas⁶⁴³. Así, entendemos que la solución a la que se debería llegar en esta sentencia, si se aplicase el nuevo sistema, sería no la nulidad del contrato por invalidez del consentimiento prestado (pues recordemos que la persona acudió voluntariamente al programa), sino, en su caso, su anulabilidad.

⁶⁴⁰ Como expresa GARCÍA RUBIO (2020), *en prensa*, este vicio invalidante no se encuentra presente en el CC español, pero sí en el ámbito comparado y en los textos del moderno derecho contractual.

⁶⁴¹ STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013/208). Para un comentario de la misma, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014), pp. 1-5, y CABEZUELO ARENAS (2014), pp. 1-11, quienes entendemos que todavía se muestran anclados al sistema actual, sin hacer una valoración acorde con la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad.

⁶⁴² GARCÍA RUBIO (2019 B), p. VI.

⁶⁴³ Un hecho innegable en esta sentencia es la manifiesta denigración que se hace del entrevistado por parte del presentador y del programa en su posterior difusión, y que de ninguna manera entendemos justificada, pues indiscutiblemente está habiendo un aprovechamiento indebido de su situación de vulnerabilidad.

5. La patrimonialidad de los derechos de la personalidad incorporal

5.1. LA DOCTRINA ACADÉMICA

5.1.1. Introducción: de la extrapatrimonialidad a la patrimonialidad. El valor económico de una voz

Ya a comienzos del siglo pasado VALVERDE Y VALVERDE admitía que, en lo que se refiere a la transmisión de estos derechos (que él llamaba “los derechos especiales que integran el de la propia persona”), no había unidad de criterio entre escritores, pues si bien la mayoría se inclinaban por considerarlos inalienables, otros decían que, aunque la personalidad (que entendían como capacidad jurídica) era inalienable, no así los derechos especiales que integran el de la propia persona⁶⁴⁴.

Ello nos lleva a analizar el carácter extrapatrimonial que se les solía atribuir y que ya no es tal, pues no se puede negar el provecho económico que se obtiene de la explotación de ciertos (si no de todos) los derechos de la personalidad incorporal. La imagen es claro ejemplo de esta explotación, pero también el nombre, la intimidad o la aquí estudiada voz, son atributos de la persona susceptibles de patrimonialización. Incluso en ordenamientos como el inglés se postula que el derecho al honor (*reputation*), al que tradicionalmente se le ha excluido un valor de mercado, sí lo tiene, independientemente de las dificultades que entraña su cuantificación monetaria⁶⁴⁵, postura que en nuestro ordenamiento también comparte OTERO CRESPO, basándose en la propia evolución “mercantilizadora” que ha experimentado en los últimos tiempos⁶⁴⁶.

La voz es uno de los atributos de la personalidad en los que creemos que mejor se observa esta patrimonialización. Al igual que sucede con la imagen, la voz puede constituirse en la prestación principal de un

⁶⁴⁴ VALVERDE Y VALVERDE (1909), p. 216.

⁶⁴⁵ Así lo entiende BEVERLEY-SMITH (2002), p. 251, En estos casos, el demandante podrá estar interesado tanto en reclamar (*vindication or satisfaction*) como en la obtención de una compensación por pérdida de la reputación.

⁶⁴⁶ OTERO CRESPO (2014), p. 1129, nota 55.

contrato, como veremos más adelante⁶⁴⁷. En el ámbito artístico, las voces de actrices, cantantes o dobladores profesionales (también llamados actores de voz) ostentan un alto valor económico debido tanto a sus características tímbricas, como a su popularidad y fácil reconocibilidad por muchas personas. Otras personas ampliamente conocidas, como podrían ser los deportistas, locutores de radio, presentadores de cualquier medio de comunicación o políticos, también poseen una voz con un gran valor económico. Así, por ejemplo, encontraremos anuncios publicitarios que utilizan la voz de un conocido actor o cantante para captar la atención del oyente, o juguetes con voces grabadas que pertenecen a aquellos personajes de películas de animación de los que provienen. De todas formas, somos de la opinión de que cualquier voz posee tal valor económico, que se modulará de acuerdo con parámetros de reconocibilidad y popularidad, pero también conforme a su timbre, claridad en la vocalización, o cualquier otra característica física de la voz que la haga atractiva para usarse con fines comerciales o publicitarios. En este sentido, cualquier persona que preste su voz para, por ejemplo, el anuncio de las paradas de las líneas de metro, o aquella otra que ceda la suya para aplicaciones tecnológicas de asistentes virtuales de voz, tendrá derecho a una contraprestación económica por la cesión de su voz. A todos estos casos nos iremos refiriendo en los siguientes capítulos. Por ahora, dejamos apuntado el indiscutible valor patrimonial de la voz, lo que nos obliga a analizar la naturaleza de tal valor.

5.1.2. La doctrina defensora de un derecho patrimonial separado del concreto derecho de la personalidad

La cuestión controvertida es determinar la naturaleza jurídica del contenido patrimonial de los derechos de la personalidad, pues hoy la doctrina, tanto a nivel español como en el derecho comparado, parece estar dividida. Encuadrados en una primera postura se encontrarían aquellos defensores de un derecho exclusivo de esta comerciabilidad, un derecho al disfrute de determinados derechos de la personalidad, pero que se diferencia de ellos por su carácter eminentemente

⁶⁴⁷ *Vid.* cap. IV.

económico⁶⁴⁸. Así, hay autores que defienden que este derecho tendría una vertiente autónoma a la del derecho fundamental, susceptible de tráfico económico y no protegida por los procedimientos especiales del art. 53.2 CE⁶⁴⁹. El valor patrimonial de la propia imagen no sería un derecho de la personalidad, sino que entraría a formar parte del derecho de propiedad de su titular. Postura semejante es la que considera que el contenido legal del derecho a la imagen está compuesto por dos facultades: la de exclusión y la de explotación, y que el TC solo tutela la primera y excluye la segunda⁶⁵⁰.

Uno de los autores que más se ha pronunciado sobre esta dualidad de derechos es VENDRELL CERVANTES, quien habla de una incipiente institución paralela al derecho fundamental a la propia imagen: el derecho patrimonial de imagen, que tendrá como función proteger aquel contenido que quede excluido de los instrumentos de tutela de los

⁶⁴⁸ Esta tesis se dice que proviene de la concepción francófona de los derechos de autor, que distingue los derechos “primarios” de la personalidad, de aquellos derechos “derivados” del disfrute económico de los atributos de la individualidad, atributos que son patrimoniales, disponibles y transmisibles.

⁶⁴⁹ De los primeros en postularlo fue IGARTUA (1991), pp. 17-18. Para PARDO FALCÓN (2005), pp. 347-348, la distinción de facetas se contempla, aunque de una manera un poco confusa, en los apartados 5 y 6 del art. 7 LO 1/1982, teniendo origen esta diferenciación en los *right to privacy* y *right of publicity* del Derecho estadounidense; también defiende una protección diferenciada BONILLA SÁNCHEZ (2010), p. 195. En términos semejantes, PÉREZ ROYO (2014), p. 300, entendiendo que no sería un derecho de la personalidad la explotación económica de la propia imagen. Para autores como VENDRELL CERVANTES (2014), *passim*, el reconocimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos fundamentales en el art. 18.1 CE, dificulta la adaptación de estos derechos (singularmente del derecho a la propia imagen) en “instituciones más adecuadas” para proteger conjuntamente todos los intereses personales y patrimoniales que pueden derivarse del aprovechamiento económico de estos derechos. Este autor también pone en duda (como se aprecia con los paréntesis que añade a los prefijos), los caracteres de (ir)renunciabilidad, (in)disponibilidad e (in)transmisibilidad.

⁶⁵⁰ De acuerdo con esta postura, solo cuando la injerencia ataque a la esfera moral, relacionada con la dignidad humana, al haber sido considerado este derecho como fundamental, encuentra amparo constitucional. Pero cuando la injerencia afecte solo a valores económicos, su protección será a través de la LO 1/1982 y no cabrá recurso de amparo. BODAS DAGA (2007), pp. 104-105.

derechos fundamentales del art. 18.1 CE y de la LO 1/1982⁶⁵¹. Este autor reconoce que puede resultar artificiosa la distinción, pero la ve necesaria y coherente cuando el uso comercial coincide con aquellas representaciones de la esfera pública o profesional de la imagen de las personas. Matiza que esta esfera no corresponderá únicamente a las personas famosas, sino que también podría acoger “a modelos y actores que, desde la más completa anonimidad, protagonizan una buena parte de las creaciones publicitarias”⁶⁵². En cambio, según este autor, aquellas otras representaciones pertenecientes a la esfera moral o personal, y por tanto protegidas por el derecho fundamental, no podrán ser objeto de estructuras negociales y empresariales complejas, aun reconociendo su valor económico y comercialización. Así, el instrumento de disposición de la LO 1/1982 lo ve suficiente para proteger adecuadamente los intereses económicos que subyacen al derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial de imagen permitirá transferir titularidades absolutas para su explotación⁶⁵³.

⁶⁵¹ El art. 1.3 LO 1/1982 alude a un derecho intransmisible, por lo que el instrumento de disposición reconocido a su titular se limita al ejercicio de un consentimiento o autorización para su intromisión (art. 2.2 LO 1/1982). VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 461-462 parte de la consideración de que el contenido de protección del derecho fundamental a la imagen se limita a aquellas imágenes pertenecientes a una esfera moral o personal del ser humano, excluyendo aquellas que se refieran a la esfera profesional o pública, que son las que frecuentemente exigen ser objeto de contratos transmisivos.

⁶⁵² VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 191-192. Así, entre otros ejemplos, menciona el de la SAP Girona (sala 2ª), de 16 de abril de 2003 (AC 2003/1442), en el que se captó la imagen de una enfermera de la sanidad pública que se encontraba en una fiesta y se utilizó en una campaña publicitaria de una marca de cerveza. En opinión de este autor, que no compartimos, este uso de la imagen pertenecería únicamente a la esfera protegida por el derecho patrimonial de imagen.

⁶⁵³ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 451. En palabras de este autor (2014), p. 59, los intereses económicos que subyacen bajo los derechos de la personalidad fueron contemplados con “desdén, cuando no con abierta hostilidad por los civilistas que sentaron las bases de los derechos de la personalidad - como vimos, señaladamente CASTÁN y DE CASTRO Y BRAVO, pero también BELTRÁN DE HEREDIA y GITRAMA GONZÁLEZ - pues lo hicieron desde un “pensamiento iusnaturalista, de corte moralista y católico, que no veía con buenos ojos la disponibilidad de estos derechos”, llegando alguno a decir que ello suponía “la depreciación del derecho” (GITRAMA (1962), p. 335).

5.1.3. La doctrina defensora de un único derecho de la personalidad, con contenido personal y patrimonial

Por otro lado, se situarían los defensores de la construcción de los derechos de la personalidad como derechos de contenido mixto y naturaleza compleja, combinando elementos personales y patrimoniales⁶⁵⁴. Estos aspectos patrimoniales serían susceptibles de comercializarse aunque con ciertos límites⁶⁵⁵. Nosotras también consideramos más acertado sostener que ambos aspectos están íntimamente relacionados, surgiendo de un único derecho de la personalidad las dos vertientes, tanto la patrimonial como la moral⁶⁵⁶. Esta última postura resultaría mucho más protectora, pues permitiría llevar por amparo constitucional vulneraciones del derecho de la personalidad que, aunque aparentemente solo afecten a su vertiente patrimonial, no pueden dejar de lado su aspecto moral⁶⁵⁷.

En el entorno comparado hay autores que, sin separar ambas facetas, hablan directamente de un “disfrute económico de la personalidad” que desde hace treinta años no hace más que incrementarse. Así, la tutela de estos derechos habría pasado de ser meramente defensiva de valores no patrimoniales, a una cuyos intereses de protección serían de naturaleza prevalentemente económicos. En el derecho italiano, por ejemplo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva del sistema de tutela de la personalidad cuando le han llegado casos de aprovechamiento de cualquier tipo de ventaja

⁶⁵⁴ PALAZÓN GARRIDO (2003), p. 507 se situaría en una postura intermedia, pues entiende que existe un derecho a la propia imagen con un amplio contenido, que engloba facultades morales y patrimoniales, pero que este es el derecho previsto en la LO 1/1982, no en el art. 18.1 CE, en donde solo se contiene un derecho de imagen con facultades morales, algo que no compartimos. Por el contrario, somos más partidarios de la opinión de RESTA (2005), pp. 245-247 y de nuevo en (2011), p. 39, en lo que respecta al derecho comparado, y de GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 616-617, en nuestro ordenamiento.

⁶⁵⁵ Lo veremos más pormenorizadamente en el cap. IV.

⁶⁵⁶ GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 616-617.

⁶⁵⁷ Señala GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 617 que la modelo que explota comercialmente su imagen lo hace tanto para obtener un beneficio económico, como para reforzar su personalidad, supuesto que podemos trasladar al caso expuesto en la STS de 21 de abril de 2016.

económica de los derechos al nombre, a la imagen u otros elementos de la identidad⁶⁵⁸.

Incluso en aquellos ordenamientos en los que se diferencia el derecho genuino a la privacidad de un derecho sobre el valor económico de la identidad, empieza a haber voces que afirman que carece de sentido esta división, ya que ni existía al tiempo de originarse estos derechos, ni se puede imponer hoy, pues los daños por uso inconsentido de la personalidad pueden ser, a la vez, económicos y emocionales. Así lo reconocen ya varios Estados norteamericanos, permitiendo en una misma reclamación por vulneración del *right of publicity* recuperar los daños patrimoniales y morales⁶⁵⁹. Esta postura critica la total alienabilidad de los derechos por entender que se podría llegar a perder el control de la identidad⁶⁶⁰, aunque posturas más moderadas entienden que se trata de una doctrina flexible, sin llegar a los extremos de alienabilidad total frente a inalienabilidad (“*all-or-nothing view of alienability*”), y en la que se podría distinguir entre la razonabilidad de

⁶⁵⁸ RESTA (2011), p. 37, resaltando que no se trata de dar respuesta a comercializaciones no consentidas de estos atributos, sino que la respuesta debe abarcar cualquier tipo de ventaja económica que pueda derivarse de los derechos de la personalidad. No obstante, otros autores italianos como MAFFEI (2011), p. 511 y ss., no comparten la opinión de que estamos ante un único derecho con dos facetas, moral y patrimonial, sino que partiendo del creciente proceso de cosificación de la persona, se replantean si categorías conceptuales consolidadas, como son los derechos de la personalidad y, en especial, el derecho a la propia imagen, no deberían reinterpretarse superándose la lógica personalista a semejanza de lo que sucede con el *right of publicity* estadounidense.

⁶⁵⁹ ROTHMAN (2018 A), *passim*, y en síntesis en p. 110, para quien el derecho se equivocó cuando separó los conceptos, en vez de mantener todo “bajo el paraguas del *right of privacy*”, lo que habría evitado la enorme expansión del *right of publicity*. No obstante, esta visión no es compartida por DOGAN (2019), p. 323, para quien la argumentación de ROTHMAN no explica cómo, de no existir el *right of publicity*, no se habría producido la misma expansión del *right of privacy* (con sus consiguientes desafíos a la libertad de expresión o los intereses sobre el *copyright*), dado que el *right of privacy* englobaría todos los aspectos comerciales de la identidad.

⁶⁶⁰ ROTHMAN (2018 A), pp. 130-133.

algunas licencias exclusivas, y aquellas otras que restrinjan derechos fundamentales de los individuos titulares del *right of publicity*⁶⁶¹.

5.2. LOS “VAIVENES” DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Si bien la diferenciación entre una faceta personal y otra patrimonial de los derechos de la personalidad es algo sobre lo que parece haber consenso tanto en la jurisprudencia constitucional como en la ordinaria, no lo es tanto si la faceta patrimonial puede constituir un derecho diferenciado, fuera del ámbito constitucional, sobre algunos de los derechos de la personalidad. Prácticamente todos los casos que expondremos de forma muy somera⁶⁶² se referirán al derecho a la propia imagen, pero vemos apropiada su mención por cuanto los razonamientos son extrapolables a todo derecho de la personalidad que presente esta doble dimensión, como sería el caso de la voz.

Por un lado, encontramos doctrina constitucional que entiende que existen pretensiones puramente patrimoniales que no quedan protegidas por el art. 18.1 CE. En estos casos el objeto litigioso lo constituyeron la comercialización no autorizada de un vídeo sobre la agonía de un torero⁶⁶³, o la utilización del dibujo de unas zapatillas deportivas y pantalones en un anuncio de un producto para la higiene del calzado⁶⁶⁴, que el TC entiende que no caben dentro del ámbito de protección del art. 18.1 CE. Otras sentencias, como la STC 23/2010⁶⁶⁵, realizan una delimitación del ámbito protegido tanto por el art. 18.1 CE como por la LO 1/1982 (especialmente su art. 7.6), precisando que la garantía constitucional se entiende “ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana” (pues “el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen no forman parte del contenido del derecho fundamental”), lo cual, no obstante, no impide que las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la

⁶⁶¹ DOGAN (2019), p. 323.

⁶⁶² Para un estudio exhaustivo de la doctrina del TC y de la ordinaria (especialmente de la sala primera del TS, aunque también de las AAPP), nos remitimos a VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 162-184.

⁶⁶³ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988/231), *caso Pantoja/Paquirri*.

⁶⁶⁴ STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/81), *caso Emilio Aragón*.

⁶⁶⁵ STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010/23), *caso Chabeli*.

imagen ajena sí puedan quedar protegidas constitucionalmente. Y el cauce de protección para sostener lo anterior lo constituye el art. 7.6 LO 1/1982, que sanciona las intromisiones ilegítimas realizadas con finalidad comercial. Aunque esta sentencia (junto a las dos anteriores) ha sido utilizada por la doctrina para defender la existencia del derecho patrimonial de imagen separadamente del fundamental⁶⁶⁶, nosotros creemos que lo que intenta diferenciar en el plano teórico, en el práctico será de muy difícil delimitación⁶⁶⁷. Los derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, por un lado, y las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena, por otro, son dos caras de una misma moneda del que sufre la intromisión. Cuando se utiliza sin autorización una imagen, por mucho que se utilice con fines publicitarios o comerciales, afectando a una faceta profesional o pública del sujeto titular de la imagen, sigue siendo, al fin y al cabo, su imagen, algo inherente a la persona. El caso de la SAP Girona mencionado, en el que se captó la imagen de una enfermera de la sanidad pública que se encontraba en una fiesta y se utilizó en una campaña publicitaria de una marca de cerveza, no pertenece únicamente a la esfera protegida por el derecho patrimonial de imagen, pues por mucho que se esté dando un uso publicitario, la esfera moral de la mujer se ve afectada, relacionándose su imagen con un determinado producto.

Por otro lado, el TC también ha dictado sentencias que se apartan de esta doctrina. Así, la STC 117/1994, de 25 de abril⁶⁶⁸, en un caso de comercialización de la imagen por parte de una persona famosa, aun partiendo de que la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial (lo que podría

⁶⁶⁶ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 169-170.

⁶⁶⁷ De hecho, el propio VENDRELL CERVANTES (2014), p. 199 reconoce la dificultad de la mencionada delimitación, pero entiende que “no debe suponer un problema” puesto que “podrá considerarse razonable que las dos esferas se superponen, con la consecuencia lógico-jurídica de que el titular afectado contará con los dos instrumentos que tutelan ambas dimensiones”. Efectivamente, entendemos que las dos esferas se superponen, pero precisamente porque forman parte de un mismo derecho, cuyos aspectos patrimoniales y personales van siempre ligados. Otra cosa será la cuantía del daño en cada partida, pudiendo ser menor en el personal en determinados casos.

⁶⁶⁸ STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994\117), *caso Ana Obregón*.

inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad), concluye que en todo caso el derecho de la personalidad debe de prevalecer sobre otros que la cesión contractual haya creado (FJ 3º). Es decir, que el TC entiende que el derecho en juego en la cesión contractual alcanza al derecho constitucional de la personalidad. Pero entender que la libertad de revocar el consentimiento en cualquier momento pueda alcanzar a la dimensión fundamental del derecho a la propia imagen no implica, como ya dijimos cuando analizamos el tema del consentimiento, que la revocación pueda ser indiscriminada, sacrificando los posibles intereses del contratante-cesionario: la libertad absoluta de revocar se toparía con el límite de la buena fe cuando estemos, en especial, ante vulneraciones en las que prime la faceta patrimonial del derecho. Esto no es algo ajeno al TC, que en la misma sentencia 117/1994 añadió que “en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional”.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, no es clara en el sentido de si esos intereses patrimoniales no comprendidos en el ámbito de protección sustantivo y procesal del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE quedan, no obstante, protegidos en la LO 1/1982; o si, por el contrario, el fundamento normativo de esas pretensiones ha de buscarse en otra parte. Tampoco es claro respecto de los criterios que permiten deslindar entre las dos instituciones o ámbitos jurídicos implicados⁶⁶⁹. En lo que la doctrina

⁶⁶⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 181, diciendo que en ocasiones se ha limitado a determinar si el caso concreto enjuiciado queda comprendido en el ámbito de protección del derecho fundamental a la propia imagen, aunque así y todo, entiende que su exclusión o inclusión se ha realizado sobre criterios poco fiables para componer una doctrina general aplicable a otros supuestos.

denomina “una primera etapa” (SSTS 20 de abril de 2001, 1 de abril de 2003, entre otras), no se adoptó la jurisprudencia del TC que diferencia ambos aspectos⁶⁷⁰. En una segunda etapa sí, pero sin delimitar certeramente el régimen jurídico y fundamento normativo de aquellos intereses no protegidos por el art. 18.1 CE (entre otras, SSTS de 22 de diciembre de 2005, 28 de noviembre de 2007, 22 de julio de 2008 y 14 de septiembre de 2011). E incluso en algunas ha considerado que las pretensiones se situarían en el ámbito patrimonial de protección del derecho fundamental a la propia imagen (SSTS de 5 de febrero de 2013 y de 8 de mayo de 2014)⁶⁷¹.

6. La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad

6.1. INTRODUCCIÓN: LAS VOCES DE LOS DIFUNTOS

La utilización de la voz de personas fallecidas, ya sea con fines comerciales o no, es una práctica similar (aunque menos usual) a la que se hace con las imágenes de los que ya no están. Si bien la manifestación de ese uso será distinta debido a la diferente naturaleza de estos bienes de la personalidad, tanto la reproducción de una conocida voz como la aparición de la imagen de un difunto podrán suponer no solo un atentado a su memoria (por ejemplo, por sacar de contexto las palabras registradas en una grabación) sino también constituirse en fuente de beneficios, ya se haya atentado o no a la memoria del titular de la voz de la que se obtiene ese beneficio económico. Ejemplo de ello son las llamadas “resurrecciones digitales de actores”, en las que se recrea la imagen y voz de actores ya fallecidos que se insertan en películas nuevas, lo que nos llevará a plantearnos, cuando menos, la posibilidad de incluir en las disposiciones *post mortem* algún tipo de cláusula sobre estos aspectos, y los posibles acuerdos sobre derechos de imagen y voz

⁶⁷⁰ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 170 y ss.

⁶⁷¹ SSTS 400/2001, de 20 de abril (RJ 2001/5284); 344/2003, de 1 de abril (RJ 2003/2979); 993/2005, de 22 de diciembre (RJ 2006/282); 1212/2007, de 28 de noviembre (RJ 2007/8455); 754/2008, de 22 de julio (RJ 2008/4495); 619/2011, de 14 de septiembre (RJ 2011/7353); 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013/928); 219/2014, de 8 de mayo (RJ 2014/33019).

que se deberán firmar entre productoras y herederos. Por otra parte, estimamos que el avance de las nuevas tecnologías, que entre otras cosas ya permite una identificación de las personas mediante técnicas de reconocimiento biométrico de voz, potenciará diferentes usos de las grabaciones de voces que ya se empiezan a almacenar masivamente en bases de datos de todo tipo de entidades, y que seguramente resulte difícil eliminar de forma definitiva una vez fallecido su titular.

En el derecho comparado, uno de los casos ya comentados sobre la utilización de grabaciones de una artista fallecida es el de María Callas, en el que se ordenó que se devolvieran las grabaciones a las herederas, guardianas de la voluntad de la cantante y con interés legítimo para actuar en la defensa de su memoria⁶⁷². Otras veces son los propios artistas lo que prohíben, vía testamentaria⁶⁷³, la comercialización de cualquier atributo relacionado con su personalidad (atributos entre los que incluyen la voz) una vez hayan fallecido y durante un determinado período de tiempo. Transcurrido este y en caso de comercializarse, también se encargan de señalar a quién irán destinados los beneficios obtenidos con ellos⁶⁷⁴.

⁶⁷² Al respecto, ver ap. 2.1.4, cap. III. Por otra parte, en EEUU, el *estate* de Martin Luther King Jr. ha demandado, con resultado satisfactorio, el uso de su nombre, voz e imagen en películas o documentales. *Vid.* ROTHMAN (2018 B), p. 596.

⁶⁷³ Estaríamos así ante el llamado contenido atípico del testamento, que es aquel que no supone ni disposición de bienes, ni la inclusión de actos estrictamente negociales. Entre estos actos destacan el reconocimiento de hijos (arts. 741 y 120.1º CC), la designación de tutor (art. 223.1 CC), o el nombramiento del encargado de la protección *post mortem* de la memoria del causante (art. 4 LO 1/1982). Incluso plantean TORRES GARCÍA / GARCÍA RUBIO (2014), pp. 55-56 contenidos doblemente atípicos, dada que no solo no se corresponden con actos de disposición patrimonial, sino que tampoco aparecen tipificados legalmente: este sería el caso del reconocimiento de una deuda en testamento (algo frecuente y con trascendencia patrimonial) o la expresión de voluntad ordenando la incineración o el lugar de destino de las cenizas.

⁶⁷⁴ Este es el caso de Robin Williams, actor estadounidense fallecido en 2014, que dejó escrito en su testamento una cláusula por la que prohibía toda comercialización, durante veinticinco años desde su fallecimiento, de cualquier aspecto de su persona (es decir, de su *right of Publicity*). Concretamente, la cláusula dice: “*All ownership interest in the right to Settlor's name, voice, signature, photograph, likeness and right*

Estos casos nos llevan a preguntarnos por las soluciones que da (o que “no da”) el derecho español ante eventuales usos de la voz de una persona una vez su titular ha fallecido. Para ello debemos dejar apuntado brevemente (6.2) el fundamento de disponer sobre bienes inmateriales para después de la muerte, y (6.3) el alcance de la protección otorgada por la LO 1/1982 en estos casos. Además, (6.4) nos detendremos en una de las últimas sentencias del TS sobre la utilización comercial *post mortem* de los derechos de la personalidad y la consecuente obtención de beneficios por el intromisor.

6.2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO DE LA FACULTAD DE DISPONER PARA DESPUÉS DE LA MUERTE

Tradicionalmente la doctrina ha considerado el art. 33.1 CE como el fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. En este sentido, ha postulado que la regulación conjunta de herencia y propiedad que contiene el artículo es indicativo del estrecho contexto en el que se mueven ambas garantías, ya que mediante la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo ambas elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada⁶⁷⁵. Aun estando, en parte, de acuerdo con lo anterior, no podemos decir lo mismo del fundamento que dan a esta autonomía privada, que entienden de carácter histórico: la tradición milenaria del Derecho de sucesiones, que se vería gravemente dañada si una intervención del legislador ordinario suprimiera las figuras que permiten ejercer esa autonomía privada⁶⁷⁶ (según el CC, únicamente el testamento, si bien en la mayoría de legislación autonómica, véase por

of privacy/publicity (sometimes referred to as "right of publicity") to the Windfall Foundation, a California Nonprofit Corporation, subject to the restriction that such right of publicity shall not be exploited for a twenty-five-year period commencing on the date of Settlor's death". El documento está accesible en <https://berklawgroup.com/wp-content/uploads/2015/02/2014-12-19-Petition-S-Williams.pdf> Según GANS (2019), p. 400, seguramente la motivación del actor al incluir tal cláusula fue para evadir el impuesto federal sobre sucesiones en lo que se refiere al valor comercial de los rasgos de su personalidad, aunque de todas formas el autor duda de la efectividad que tal cláusula pueda tener a estos efectos no-impositivos.

⁶⁷⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ (1994), pp. 51-52, siguiendo a BOEHMER.

⁶⁷⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ (1994), pp. 52-53.

ejemplo la gallega, encontramos otros instrumentos como los pactos sucesorios). Por el contrario, creemos, al igual que dijo hace ya un siglo ARAMBURO, que el fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte no se encuentra únicamente en el derecho de propiedad, sino también en el hecho de ser persona⁶⁷⁷. Lo funda este autor en un “derecho de personalidad” todavía en construcción por aquella época, pero que permite al causante satisfacer tanto su voluntad respecto al destino de su patrimonio, como “necesidades más elevadas”, calificando como “mezquindad” que únicamente se teste para transferir fincas, créditos, derechos y acciones pecuniariamente evaluables, lo que sería rebajar el derecho de testar. Las necesidades más elevadas “y de género más noble” de las que habla ARAMBURO se refieren, entre otras, a cláusulas relativas a la sepultura, al reconocimiento de hijos habidos fuera de matrimonio, o la imposición al heredero de deberes que nada tienen que ver con la riqueza material⁶⁷⁸. En esta línea, hoy ya se postula que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad – reconocidas a nivel constitucional en el art. 10 CE–, en especial en lo que se refiere a las disposiciones no patrimoniales, son fundamentos concurrentes de la libertad de disponer⁶⁷⁹ para después de la muerte que se superponen, en un plano superior, al fundamento de la propiedad,

⁶⁷⁷ ARAMBURO (1929), p. 119.

⁶⁷⁸ ARAMBURO (1929), p. 118. Este autor postula que emanación del derecho de personalidad es el llamado derecho de testar, que no es otra cosa que una actuación del poder racional con que la voluntad humana determina las relaciones que póstumamente han de ser cumplidas. Entre la doctrina más reciente sobre este tema, *vid.* GARCÍA GOLDAR / AMMERMAN YEBRA (2017), pp. 79-80, quienes afirma el carácter expansivo del elenco de declaraciones que se pueden realizar en el testamento, quedando ya superada la vieja idea de que las disposiciones testamentarias solo podrían tener carácter dispositivo.

⁶⁷⁹ Sobre el concepto de libertad de testar en su sentido negativo, TORRES GARCÍA / GARCÍA RUBIO (2014), pp. 16-17, señalan que consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio, incluido el llamado patrimonio moral, sin que otros (por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad) se interpongan en esa actividad. En sentido positivo, estas autoras definen la libertad de testar como la posibilidad de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Para diferenciar una figura de la otra, a esta última la llaman “libertad para testar”, en contraposición a la “libertad de testar”.

pues esta libertad no corresponde al individuo en cuanto propietario, sino en cuanto persona humana⁶⁸⁰.

Actualmente ya se afirma con claridad meridiana que el patrimonio moral de una persona comprende todas aquellas cuestiones de índole extrapatrimonial que guardan relación con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que las decisiones que el causante tome sobre sus derechos de la personalidad, al igual que sucederá con otras de las llamadas “disposiciones atípicas”, también formarán parte de su facultad de disponer para después de su muerte⁶⁸¹.

6.3. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LA LO 1/1982

Lo dicho anteriormente nos lleva a rechazar la tesis tradicional defensora de la idea de que los derechos de la personalidad, debido a su carácter personalísimo, no forman parte de la herencia del causante pues se extinguen con la muerte del titular de los mismos⁶⁸². Por el contrario, entendemos que los derechos de la personalidad siguen disfrutando de esta consideración una vez fallecido su titular, permitiéndose su protección incluso mediante el recurso de amparo⁶⁸³.

⁶⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA (2011), pp. 5 y 8.

⁶⁸¹ DELGADO ECHEVERRÍA (2012), p. 523. Entre las últimas disposiciones atípicas de las que señala la doctrina se encuentran las llamadas “voluntades digitales”. Sobre ellas, entre lo más reciente *vid.* OTERO CRESPO (2019), pp. 89-133, quien analiza los principales problemas que plantean estas disposiciones testamentarias.

⁶⁸² LERDO DE TEJADA (2010), p. 776. La cuestión también es resaltada por la Exposición de motivos de la LO 1/1982, al decir que “la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad”.

⁶⁸³ DELGADO ECHEVERRÍA (2012), pp. 527-528; GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 623-624, citando las SSTC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004/43) y 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008/51). La cuestión no está tan clara para ALONSO PÉREZ (2004), pp. 119-120 pues aun entendiendo que la personalidad se extingue con la muerte de su titular y que perduran los aspectos o manifestaciones de esa personalidad (honor, buena reputación, evocación de sentimientos, etc.) “porque son valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello mismo a la muerte”, dice que lo que se defiende en el art. 4.1 LO 17/1982 no es el honor, la intimidad o la imagen del difunto, “pues ninguno de esos atributos existe tras la muerte”, sino solo su memoria. Las manifestaciones de la memoria del difunto son, para este autor, la prolongación de la

Antes de analizar las cuestiones espinosas y de enorme trascendencia práctica que la ley orgánica deja sin resolver y en las que nuestros tribunales siguen dando palos de cielo, debemos exponer brevemente qué cuestiones sí regula la citada ley. Partiremos de lo expuesto en los arts. 4, 5, 6 y 9.4 LO 1/1982, así como del párrafo que a ellos dedica la Exposición de motivos de la Ley.

Los artículos 4, 5 y 6 LO 1/1982 regulan la legitimación para la interposición de acciones civiles en defensa de la memoria del fallecido, cuya regulación se completa con lo dicho en la Exposición de motivos, que establece que se deberán diferenciar aquellos supuestos en los que la lesión se produce una vez muerto el titular de los derechos en cuestión, de aquellos otros en los que la lesión se produce antes del fallecimiento. Para el primer caso, los arts. 4 y 5 LO 1/1982 establecen un elenco de legitimados que van, en este orden, desde los expresamente establecidos en el testamento para tal fin (art. 4.1), hasta el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, cuando no se haya designado a nadie (art. 4.2), y en último caso, la legitimación corresponderá al MF (art. 4.3). Si son varias las personas designadas o son varios los parientes del art. 4.2, cualquiera de ellos podrá accionar (art. 5). Por su parte, cuando la lesión se haya producido antes del fallecimiento, la legitimación corresponderá a los nombrados en los artículos anteriores tanto en los casos en los que continúen la acción ya entablada por el causante en vida (art. 6.2), como en aquellos supuestos en los que se presume que habría sido su intención interponerla, pero por algún motivo no pudo (art. 6.1)—pues en caso contrario, y siguiendo lo dicho en la Exposición de motivos, los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones se presume que no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado—.

personalidad extinguida, un residuo inextinguible de la dignidad humana, y un lazo de unión entre vivos y muertos. Por último, debemos destacar la opinión de VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 487-497, que estima que los derechos de la personalidad sí desaparecen con la muerte de su titular, pero que la LO 1/1982 protege con una figura *ex novo* (la “memoria del fallecido”) y que se materializa en el reconocimiento de una posición jurídica (“cercana, en su estructura, un derecho subjetivo absoluto”) a determinados legitimados para defender esa memoria.

Tres son las cuestiones que más nos interesa destacar de la anterior regulación: por un lado, la aparente desvinculación de la idea del heredero como continuador de la personalidad del causante, en favor de una mayor autonomía de este último a la hora de decidir a quién confiar la defensa de su memoria. Así, según el art. 4.1 LO 1/1982, podrá designar en testamento a cualquier persona, incluso una persona jurídica, para la defensa de su memoria⁶⁸⁴. Por otro lado, la LO 1/1982 no regula la designación de aquellos destinatarios de los beneficios económicos que puedan generar los atributos de su personalidad después de su fallecimiento⁶⁸⁵. Esto se deduce de la interpretación, a *sensu contrario*, del art. 9.4 LO 1/1982, el cual se refiere, exclusivamente, “al importe de la indemnización por el daño moral”, pero nada dice acerca de los efectos patrimoniales. Un sector doctrinal, con el que concordamos, no vería inconvenientes en que se pudiese designar, de forma voluntaria, a estos beneficiarios⁶⁸⁶.

Por último, y relacionado con lo anterior, tampoco dice nada la ley sobre la transmisibilidad *post mortem* de los componentes comerciales asociados a los derechos de la personalidad. Esta cuestión ha sufrido también el olvido de la jurisprudencia, aunque en este caso entendemos que se trata más bien de un olvido consciente, pues oportunidades no le han faltado a nuestro alto tribunal para pronunciarse. Seguramente la

⁶⁸⁴ Así, SALVADOR CODERCH (1985), p. 116 ha dicho que la ley está configurando la posición de la persona designada en el testamento como un mero “curador de la memoria del causante que no va a lucrarse con el ejercicio de su función” (pues según el art. 9.4 LO 1/1982 la indemnización por el daño moral corresponde bien a las personas referidas en el art. 4.2, bien se entiende comprendida en la herencia –nótese que se dice “en la herencia”, no que corresponda a los herederos, por lo que podría instituirse en legado– en los casos del art. 6).

⁶⁸⁵ Muy gráficamente ha dicho SALVADOR CODERCH (1985), p. 116, que la ley se está moviendo en el ámbito de la pura cualidad personal al margen de todo contenido económico, “[e]stamos así en las antípodas de la institución de heredero”.

⁶⁸⁶ Según GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 623, esta designación constituirá un legado atípico, o en su caso un prelegado, y, de no existir tal designación, postula que los beneficiarios deberían ser los herederos. A ello añade OTERO CRESPO (2014), p. 1124 que se podría recurrir a codicilos o pactos sucesorios como manera de instrumentalizar la voluntad del causante.

primera de ellas sea la STC 231/1988⁶⁸⁷, en la que la viuda de un conocido torero solicitaba una indemnización de los daños causados por vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y propia imagen de su difunto esposo, debido a la comercialización por parte de una empresa de un vídeo en el que se mostraban imágenes de su trágica muerte. El TC desestimó la pretensión por entender, por un lado, que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de su titular, y por otro, que la viuda solo perseguía un interés patrimonial que no quedaba amparado por el art. 18.1 CE⁶⁸⁸. Pero se queda en que el derecho a la eventual explotación económica de la imagen de un fallecido no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, sin entrar en si son transmisibles *post mortem* los componentes comerciales de los derechos de la personalidad.

En otro conocido caso (el de “La Chulapona”), esta vez es el TS el que tampoco ventila la cuestión⁶⁸⁹. Esta vez se trataba del uso de la imagen de una artista en los carteles de una zarzuela que, estrenada en 1934, se repuso en 1988, una vez fallecida la cantante. Su hija demandó por utilización ilegítima de la imagen con fines publicitarios y comerciales, pero el tribunal salió por la tangente apreciando el predominio de un “interés cultural relevante”, legitimando así el uso de la imagen con base en el art. 8.1 LO 1/1982, y no respondiendo a si estos componentes comerciales son o no transmisibles⁶⁹⁰.

Por último, el Tribunal Supremo ha reiterado en una relativamente reciente sentencia que las acciones relativas a la explotación comercial o publicitaria del nombre o de la imagen de un difunto, ajenas a cualquier menoscabo o lesión de su memoria, no se encuadran en el ámbito de aplicación de la LO 1/1982, pero de nuevo no se pronuncia

⁶⁸⁷ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988/231).

⁶⁸⁸ Cuestión más que discutible, como incluso VENDRELL CERVANTES (2014), p. 163, reconoce. Lo cierto es que las imágenes de la mortal cogida sufrida por el torero y el intento de los enfermeros de la plaza por salvarle la vida inciden indiscutiblemente en el aspecto moral protegido por estos derechos.

⁶⁸⁹ STS 1152/1994, de 21 de diciembre (RJ 1994/9775).

⁶⁹⁰ Comentan esta sentencia PALAZÓN GARRIDO (2003), p. 513; ALONSO PÉREZ (2004), p. 132; GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 622-623; OTERO CRESPO (2014), p. 1123, y VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 513-514.

sobre la transmisibilidad *post mortem*, cuestión a la que nos referiremos a continuación⁶⁹¹.

6.4. CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TS TRAS EL CASO DALÍ

Nos estamos refiriendo a una de las últimas sentencias cuyo protagonista es el difunto artista Salvador Dalí⁶⁹². Para una mayor comprensión de los hechos, debemos dejar brevemente apuntados los siguientes: Dalí, en 1982, otorgó testamento por el cual instituyó al Estado español heredero universal de todos sus bienes. En 1983 constituyó la Fundación Gala Salvador-Dalí que, tras el fallecimiento del artista en 1989 y la aceptación de la herencia por el Estado, es la encargada, en exclusiva, del ejercicio de las facultades de explotación y administración de los derechos de propiedad intelectual derivados de su obra artística, así como de los derechos de imagen, industrial, marcas, patentes y demás derechos inmateriales derivados de la obra artística de Dalí. Así, es la Fundación la que, mediante licencia o autorización, permite el uso de la imagen de Dalí. En este caso, la demanda fue interpuesta por la Fundación junto a otras dos empresas, contra un particular y una entidad que habían realizado una exposición dedicada al artista con fines comerciales. Si bien la demanda incluyó el ejercicio de diversas acciones, la que aquí nos interesa es la de protección del derecho a la propia imagen del pintor, que por otra parte fue la única que llegó a casación⁶⁹³. En síntesis, el TS desestimó la petición en base a dos argumentos principales: por un lado, la ausencia de designación expresa en el testamento de Dalí de la persona que debía ejercitar las acciones de la LO 1/1982 de defensa de su memoria, por lo que la Fundación carecía de legitimación, puesto que ni la escritura de

⁶⁹¹ STS 414/2016, de 20 de junio de 2016 (*Caso Dalí*).

⁶⁹² Lo cierto es que esta fundación es bastante activa en lo que a interponer demandas se refiere, aunque no todos los casos se resuelven con igual fortuna: en algunas ocasiones los tribunales le han reconocido legitimación para accionar contra la explotación no autorizada del nombre y la imagen de Dalí, como en la SAP Girona (Secc. 1.ª), de 30 de marzo de 2006 (AC 2006/1622), pero en otros se la han negado (véase la SAP Barcelona (Secc. 15.ª), de 24 de julio de 2013 (AC 2013/1662).

⁶⁹³ Las otras acciones fueron las de infracción de los derechos de marca, las de defensa de derechos de propiedad industrial e intelectual, y la de competencia desleal por confusión.

constitución de la Fundación podía sustituir al testamento que exige el art. 4.1 LO 1/1982, ni la designación del Estado como heredero universal equivale a la designación específica exigida por este mismo artículo (F.J. 3º, puntos 1, 2 y 3). Y, por otro lado, porque la Fundación, en opinión del TS, no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) de artista (F.J. 3º, puntos 4, 5 y 6).

Esta postura se apoya en aquella jurisprudencia constitucional que sí distinguía entre el derecho fundamental a la propia imagen, por un lado, y la protección de los intereses puramente patrimoniales del derecho a explotar la propia imagen, por otro. Pero en el régimen *post mortem*, el criterio del TC respecto a la protección constitucional de los derechos de la personalidad una vez fallecido su titular ha ido cambiando. Así, podemos distinguir una primera etapa en la que sostenía que, tras la muerte de una persona, únicamente era protegible el aspecto patrimonial de los derechos de la personalidad (señaladamente, el derecho a la propia imagen), pero quedando al margen del ámbito propio de los derechos fundamentales, motivo por el que desaparecía el objeto de protección constitucional (en esta línea, STC 231/1998, de 2 de diciembre⁶⁹⁴). Posteriormente, el alto tribunal, en sus sentencias 43/2004, de 23 de marzo, y 51/2008, de 14 de abril⁶⁹⁵, destacó que la protección de los derechos de la personalidad mediante el recurso de amparo se extendía hasta después de fallecido el titular. Si bien estas dos últimas sentencias se refieren al derecho al honor, la doctrina con la que concordamos no ve problema en que esta postura alcance también a aquellos derechos susceptibles de explotación comercial, como la imagen, la intimidad, el nombre o la voz⁶⁹⁶. De hecho, esta es la postura que más se aproxima a las soluciones dadas

⁶⁹⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988/231).

⁶⁹⁵ SSTC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004/43) y 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008/51).

⁶⁹⁶ GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 624.

por destacados civilistas del Derecho comparado que abogan por una protección *post mortem* integral⁶⁹⁷.

Hay doctrina que entiende, por el contrario, que la solución a la que llega el TS en el *caso Dalí* es correcta, si bien no resuelve todos los extremos que serían deseables, como el estatuto y régimen jurídico que tendrían esos “intereses patrimoniales” o “derecho patrimonial” no comprendido en el art. 18.1 CE. En esta línea, y aun admitiendo que no existe una regulación sustantiva y procesal *ad hoc* que sirva de base para la reclamación de tales intereses o derechos (como sí la hay, por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, en el que también se dan derechos subjetivos absolutos sobre bienes) se postula que sí existen, por un lado, datos normativos que demuestran la existencia de este derecho patrimonial, como puede ser la normativa fiscal (contando con varios artículos que podrían estarse refiriendo a una institución distinta del derecho fundamental de imagen) o los convenios colectivos en los ámbitos del deporte profesional o de los intérpretes (que contemplan una cesión de derechos de imagen); y por otro, existen vías de protección tanto indirectas como directas de este derecho: véase, entre las primeras, la protección otorgada por la Ley de Competencia Desleal, y entre las segundas, el recurso a normas generales de cesación, remoción, indemnización y restitución⁶⁹⁸. En esta línea, se defiende la necesidad de una intervención legislativa que contemple un régimen jurídico diferenciado para la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen, incluso llegando a construir un único estatuto jurídico de tutela *post mortem* de la vertiente patrimonial del derecho⁶⁹⁹.

En definitiva, y como dijimos anteriormente, nosotros somos partidarios de que el causante no solo pueda designar a aquellos encargados de velar por su memoria, sino también para accionar y, en su caso, recibir los beneficios económicos derivados de la comercialización *post mortem* de los derechos de la personalidad. Entendemos que, a falta de una improbable modificación de la LO

⁶⁹⁷ RESTA (2005), pp. 241 y ss.

⁶⁹⁸ VENDRELL CERVANTES (2016), *online*.

⁶⁹⁹ Así lo entiende VIVAS TESÓN (2017), p. 344.

1/1982 sobre este extremo, solo un pronunciamiento del TC o TS podría acabar con esta laguna que otros ordenamientos ya han solventado (señaladamente, el alemán, como veremos a continuación). Esta necesidad se hace patente no solo en el ámbito del derecho a la propia imagen, sino también en el aquí estudiado derecho a la voz, pues no es un hecho aislado el uso de voces de personas fallecidas, en especial de artistas (actrices y actores en su mayoría) para productos cuyos beneficios no son nada desdeñables⁷⁰⁰.

6.5. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* EN EL DERECHO COMPARADO: EL CASO ALEMÁN, ESTADOUNIDENSE E ITALIANO

En Alemania, ya tuvimos ocasión de comentar el caso *Heinz Erhardt* de 1989, en el que el Tribunal de apelación de Hamburgo estimó la pretensión de los herederos de este conocido cómico prohibiendo que se continuasen emitiendo anuncios radiofónicos en los que la voz del artista se había imitado de forma engañosa, incorporándose además expresiones típicas de él, por lo que se imitaba tanto su voz como su estilo artístico. El tribunal sostuvo que el caso era análogo a aquellos en los que se explotaba la imagen o el nombre de una persona de manera inconsentida. Se trata, por tanto, del primer caso en el que se reconoce en este ordenamiento una protección *post mortem* que garantice el control de la explotación económica de los derechos de

⁷⁰⁰ La práctica conocida como “resurrección digital de actores” pone sobre la mesa estos dilemas, por lo que algunos artistas –que nos consten, estadounidenses– ya han comenzado a prever en sus testamentos la prohibición de dichas “resurrecciones”, en las que se verían comprometidas su imagen y voz (por ejemplo, la previsión hecha por *Robin Williams* y comentada *supra* en nota 673). Esta práctica, además de la obvia repercusión en el aspecto patrimonial del derecho, incide en su aspecto moral, por cuanto el artista podría no estar de acuerdo con el contenido de la película en la que se lo “resucite”, o, en fin, en las palabras que salgan de su boca. La empresa *Worldwide XR* (<https://www.worldwidexr.com/>) es quizá el mejor ejemplo de estas prácticas, cuyo objetivo es “*to bring digital humans to traditional film*”. Es decir, que, en síntesis, lo que hace esta empresa es obtener las licencias de uso de los derechos de la personalidad de los actores para después recrearlos digitalmente.

la personalidad, en este caso de la voz⁷⁰¹. Pero sin duda, el caso que sienta las bases de la transmisión *mortis causa* de los componentes patrimoniales de los derechos de la personalidad en el Derecho alemán es el que tiene como protagonista a la actriz Marlene Dietrich, en la que se reconoce a su única hija y heredera el derecho a ser compensada por el uso comercial no autorizado de la imagen de su madre⁷⁰². Así, se reconoce un derecho a la transmisibilidad hereditaria de los componentes patrimoniales de los derechos de la personalidad.

En EEUU, solo la mitad de los Estados que contemplan un *right of publicity* incluyen una protección *post mortem* de la personalidad⁷⁰³. California es uno de ellos, estableciendo en el apartado b) del § 3344.1

⁷⁰¹ *Oberlandesgericht Hamburg, GRUR* 1989, 666 (caso *Heinz Erhardt*). La protección *post mortem* de los intereses morales, por el contrario, ya se había dejado sentada desde el caso *Otto von Bismark*, en 1899, también comentado anteriormente (Vid. ap. 6.2.3. cap. I), en el que se sancionó la representación del fallecido canciller en su lecho de muerte. Para un estudio de la jurisprudencia alemana sobre la protección *post mortem* del aspecto moral de los derechos de la personalidad, vid. VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 475-478.

⁷⁰² *BGH, GRUR*, 2000, núm. 8, pp. 709-715 (caso *Marlene Dietrich*).

⁷⁰³ Es el caso de los estados de Alabama, Arkansas, California, Florida, Hawaii, Illinois, Indiana, Kentucky, Nebraska, Nevada, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Dakota, Tennessee, Texas, Virginia y Washington. Por el contrario, no cuentan con una protección *post mortem* Massachusetts, New York, Rhode Island, Utah, Wisconsin. Entre estos últimos, es en New York donde más debate está habiendo, ya que, junto con California, es el Estado en el que se encuentran más *celebrities* o *estates* de *celebrities*. Dicho lo anterior, en los Estados en donde no existe esta protección *post mortem*, hay casos que constatan que se puede llegar a una protección similar por otra vía, señaladamente la de los derechos de marca, regulación que es a nivel federal. Así, los nombres e imágenes de artistas fallecidos pueden constituir derechos de marca cuyos titulares son los familiares de los artistas fallecidos. *Experience Hendrix, LLC. v. Electric Hendrix, LLC.*, 90 U.S.P.Q.2d 1883, 2008, sentencia en la se dio la razón a los familiares del músico Jimi Hendrix a ostentar marcas sobre su nombre e imagen para varios productos y servicios, aunque no ostentasen un *right of publicity* dado que el artista falleció domiciliado en New York, donde ya vimos que por ahora no existe tal protección *post mortem*. En síntesis, se dijo que “the right of publicity or privacy under state law is not necessary to acquire valid trademark rights under federal law”. Posteriormente también se concedió una *preliminary injunction* a los mismos demandantes (familiares) por infracción de las marcas registradas debido al uso de “Jimi” y de la firma del artista en el licor *Purple Haze* de los demandados (*Experience Hendrix, LLC. v. Tiger Paw Distributors, LLC.*, 119 U.S.P.Q.2d 1004, 2016). fac

de su Código civil que los derechos ahí previsto son derechos de propiedad, libremente disponibles y transferibles *post mortem*, en parte o en su totalidad, mediante contrato o instrumento testamentario⁷⁰⁴. Pero el alcance de la protección entre los Estados que sí lo reconocen es diverso: así, algunos solo lo ofrecen a soldados fallecidos, otros difieren en la duración de esta protección (diez, treinta, o incluso cien años)⁷⁰⁵, y otros solo lo contemplan para aquellas personas que fallecieron con domicilio en ese Estado y que además estaban comerciando con su identidad en el momento de su muerte (caso este último el de Pennsylvania). Massachussetts no lo contempla (este Estado basó su *Right of privacy* en el neoyorquino), y Connecticut y New Jersey tampoco, aunque varias sentencias de tribunales federales consideran que estos Estados deberían regularlo (de todas formas, estas

⁷⁰⁴ El § 3344.1 *California Civil code* es bastante extenso, constando de 16 apartados con sus correspondientes subapartados. En síntesis, prevé en su ap. a) (1) que quien use el nombre, voz, firma, fotografía o imagen de una persona fallecida, en cualquier forma o uso, en productos, o con propósitos publicitarios o comerciales, sin consentimiento de las personas especificadas en el ap. c), serán responsables del daño causado a las mismas. Se prevé una indemnización mínima de \$750 o, alternativamente, de los *actual damages*. Además, a ello se han de sumar los beneficios generados por el uso ilícito, para cuyo cálculo no se deben de incluir aquellas partidas tenidas en cuenta para el cálculo de los *actual damages*. El perjudicado solo tendrá que probar los beneficios brutos, siendo carga del demandado probar aquellos gastos deducibles. Por último, también contempla la posibilidad de solicitar daños punitivos. Exceptúa (ap. a) (2)) las obras originales, protegidas por medio de la propiedad intelectual, salvo (ap. a) (3)) que estas incluyan un uso muy conectado con algún producto de los establecidos en a) (1) y no se haya pedido consentimiento a las personas especificadas en el ap. c). El ap. b) establece que se trata de derechos de propiedad, libremente disponibles y transferibles *post mortem*, en parte o en su totalidad, mediante contrato o instrumento testamentario.

⁷⁰⁵ Sobre el plazo de duración *post mortem* de este derecho en el ordenamiento de California, *vid.* VENDRELL CERVANTES (2014), p. 524, quien explica su evolución desde el caso *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 1979 (en el que la viuda y el hijo del actor Béla Lugosi no consiguieron que se les reconociesen sus pretensiones indemnizatorias y restitutorias del valor comercial de la imagen del actor en su personaje de Drácula, por no existir tal derecho, por aquel entonces, en el ordenamiento californiano), a su reconocimiento por el legislador en 1985 (con una duración inicial de 50 años, que en progresivas reformas se ha ido aumentando a 70) y su alcance retroactivo, desde 2007, a aquellas adquisiciones del derecho anteriores a 1985 (debido al caso *Marilyn Monroe*).

sentencias no obligan ni a regularlo, ni a que los tribunales estatales sigan lo sentado por ellas)⁷⁰⁶.

El debate sobre la existencia de un derecho *post mortem* de la personalidad está siendo especialmente relevante en el Estado neoyorquino. La doctrina se pregunta si realmente Nueva York necesita tal derecho, y si es así, con qué alcance y duración⁷⁰⁷. De adoptarse⁷⁰⁸, se propone que el causante pueda elegir, no solo la persona en quien recaiga el *right of publicity* y por tanto los beneficios por él generados, sino también que no se aplique un derecho *post mortem* como tal. Es decir, que o bien permita explotar libremente sus atributos de la personalidad tras la muerte, o bien se prohíba totalmente⁷⁰⁹. Finalmente, ROTHMAN expone tres premisas sobre las que, y siempre que el legislador neoyorquino decidiese regularlo, se tendría que construir la protección *post mortem* del *right of publicity*: por un lado, limitarlo a aquellas personas naturales bien designadas por el causante como destinatarias de tal derecho, bien llamadas a la sucesión (impidiendo que sean empresas multinacionales las que se hagan con el derecho⁷¹⁰); por otro, limitar su duración sin que excediese, por

⁷⁰⁶ ROTHMAN (2018 B) pp. 592-593. Sobre la dificultad de establecer qué ley estatal se aplica, encontramos normas con un “efecto imán” considerable: véase la de Alabama, adoptada en 2015, y que prevé la protección *post mortem* de la personalidad durante 55 años para todo aquel que “residiese en el Estado, hubiese muerto en el estado o cuyo *estate* está legalizado (*probated*) en el Estado. *Alabama Right of Publicity Act (Alabama Code section 6-5-770 et. Seq.)*

⁷⁰⁷ ROTHMAN (2018 B), p. 593, no ve muy justificable que los mayores ingresos por *Right of Publicity* estén proviniendo de *celebrities* fallecidas. Para la autora, la economía se debería de centrar más en los vivos y en el público, y no reportar beneficios a los herederos

⁷⁰⁸ Por ahora no parece que haya visos de que se vaya a aprobar. El año legislativo neoyorquino cerró el 21 de junio de 2019 sin aprobar el Proyecto de ley.

⁷⁰⁹ ROTHMAN (2018 B), p. 595. La situación en EEUU dista bastante de la nuestra, ya que en ese país existe un “comercio con los muertos”, como lo llama la autora, de empresas cuyo único cometido es comercializar con identidades de fallecidos (por ejemplo, *CMG Worldwide*).

⁷¹⁰ La autora parte de la idea de que el Derecho debería limitar de alguna manera que exista un mercado tan amplio sobre personalidades fallecidas. Además, a veces los intereses de las empresas o *estates* titulares del *post mortem right of publicity* impiden justamente lo contrario, que se comercialicen productos que pueden ser respetuosos

ejemplo, la vida de los primeros herederos; y, por último, que el derecho pueda prohibir la comercialización de la identidad, extremo que, actualmente, en aquellos Estados que sí contemplan la protección *post mortem*, es difícil de lograr, debido a que el impuesto estatal que grava la transmisión *post mortem* del *right of publicity* es lo suficientemente alto como para obligar al destinatario a comercializar con él aunque no sea ese su deseo –ya que se trata de un impuesto cuya base se determina por “el mejor uso” (*highest and best use*) de esa propiedad, que se interpreta como un uso plenamente comercial que maximiza su valor económico—⁷¹¹.

Por otro lado, en Italia, desde comienzos de los años noventa, la jurisprudencia viene reconociendo los derechos sobre los signos distintivos de la personalidad, confiriendo al sujeto un amplio poder de control sobre el disfrute económico de la propia identidad y que como tal tienen un perfil patrimonial tutelable contra actos lesivos de terceros. Si no se duda de la licitud de los negocios dispositivos cuyo fin es la utilización comercial de la personalidad, RESTA no ve razones para sustraer al relictos un activo patrimonial que en algunos casos (sobre todo en sucesiones de actores, cantantes o deportistas profesionales) puede equivaler o incluso superar el valor de los restantes bienes del activo hereditario. Este autor expone dos modelos, el dualista y el monista. El primero parece ser el más intuitivo, que es el propuesto por varios autores italianos, franceses y alemanes, y además fue el adoptado por el *Bundesgerichtshof*. Se basa en la norma de la transmisión por separado de las prerrogativas personales y patrimoniales relacionadas con los derechos de la personalidad. Los primeros, por su valor

tributos al fallecido, que los familiares no tendrían inconveniente en permitir. Así sucedió con el *estate* de Martin Luther King Jr., que por una parte recibe dinero por usos del nombre, voz o imagen del activista en películas o eventos (que incluso podrían llegar a ser usos ofensivos para el fallecido), pero por otra impide que se vendan estatuillas del fallecido. ROTHMAN (2018 B), pp. 595-596, citando el caso *Martin Luther King, Jr. Ctr. for Soc. Change v. Am. Heritage Prods.*, 296 S.E. 2d 697 (Ga. 1982).

⁷¹¹ ROTHMAN (2018 B), p. 595. De hecho, en el caso *Marilyn Monroe*, uno de los puntos a discutir fue determinar si la actriz falleció como californiana o como neoyorquina, cuestión nada baladí por el tema impositivo.

meramente defensivo y su connotación puramente ideal, se atribuyen a los familiares, según lo dispuesto en el art. 96 de la Ley de derechos de autor italiana; los segundos, en cambio, se atribuyen a los herederos, conforme al principio general de unidad y patrimonialidad de la sucesión⁷¹². En particular, preocupa la superposición que se produciría entre la posición de los herederos, sucesores *mortis causa*, y los parientes próximos, titulares *ex lege* de las prerrogativas específicas para proteger la personalidad del difunto⁷¹³. Si considerásemos que los familiares cercanos tienen la facultad exclusiva de prestar (o no prestar) el consentimiento para ciertas actividades que afectan a la esfera de la personalidad del difunto, como el registro de una marca o el uso de su imagen, será muy difícil coordinarlo con la posición de los herederos, siempre que no exista una coincidencia suficiente entre ambos grupos⁷¹⁴. Por lo que podrán darse dos situaciones: que la legitimación concedida a los parientes cercanos no permita interferir en las cuestiones relativas a la comercialización del derecho de los herederos (pero entonces su función de custodios *ex lege* se verá sustancialmente frustrada); o habrá una legitimación conjunta, con la correlativa aplicación de una regla de unanimidad para cualquier acto dispositivo que afecte a la esfera de la personalidad del difunto⁷¹⁵. También se plantean problemas similares desde el punto de vista de la interposición de las demandas resarcitorias de los daños causados, ya que podría dar lugar a complicados conflictos de intereses entre los dos grupos de personas (familiares cercanos y herederos) cuando no coincidiesen⁷¹⁶.

Si añadimos a los problemas anteriores la dificultad de distinguir exactamente los perfiles patrimonial e ideal de las situaciones en

⁷¹² RESTA (2009), p. 753, quien lo compara con la transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento italiano, en donde también se atribuye a los herederos los componentes patrimoniales de estos derechos, mientras que el ejercicio del derecho moral de autor (con la excepción del derecho de obra inédita), depende de los parientes más cercanos. No obstante, su trasposición al ámbito de los derechos de la personalidad conlleva varias dificultades que, en opinión de RESTA, conllevan que el modelo de derechos de autor no se debería adoptar.

⁷¹³ RESTA (2009), p. 753.

⁷¹⁴ RESTA (2009), p. 754.

⁷¹⁵ RESTA (2009), p. 754.

⁷¹⁶ RESTA (2009), pp. 754-755.

cuestión, RESTA concluye que un sistema basado en la lógica dualista no responde a las exigencias de celeridad y certeza del tráfico jurídico, siendo más partidario del modelo monista⁷¹⁷. Así, entre otras cosas, postula que el causante podrá limitar las posibilidades de explotación económica de la personalidad, o establecer un determinado destino para determinados derechos como la imagen o el nombre o, en fin, establecer un determinado orden de llamados para suceder en estos bienes⁷¹⁸.

7. La delimitación entre los derechos de la personalidad y los derechos de propiedad intelectual de los artistas

7.1. EL CARÁCTER CREATIVO DE LA INTERPRETACIÓN. LA INTERPRETACIÓN ARTÍSTICA COMO FENÓMENO JURÍDICAMENTE PROTEGIBLE

Como premisa, debemos diferenciar, por un lado, aquellas obras de arte que pueden expresarse de una forma inmediata (las llamadas “expresiones artísticas inmediatas”), por cuanto su percepción por el público es directa, sin que deba intermediar nadie entre lo creado y el espectador (véase una escultura, una pintura, o una obra literaria), y, por otro, las “expresiones artísticas mediatas”, aquellas para las que se necesita de alguien que las represente o ejecute (véase las obras teatrales, las musicales, la danza). En estas últimas se hará revivir las ideas del autor por medio de un artista, por lo que su aportación se hará esencial para la obra⁷¹⁹.

Decía DWORKIN que existe una similitud evidente entre interpretación artística e interpretación de la práctica social (en la que incluye la justicia). Ambas concuerdan, en parte, por tener como

⁷¹⁷ Así, descarta el modelo francés de derechos de autor, y tampoco ve aplicable el modelo estadounidense del *Right of Publicity*, diciendo que este desconoce (aunque como vimos, no lo desconoce del todo) un mecanismo de protección *post mortem* de los intereses de la persona comparable al delineado en los arts. 93, 96 de la ley de derechos de autor italiana. RESTA (2009), p. 755.

⁷¹⁸ RESTA (2009), p. 759 y ss.

⁷¹⁹ ANSERMET (1960), pp. 64-67.

objetivo dar sentido e interpretar algo creado por alguien como una entidad diferente de lo que luego resultará de la interpretación. Añadiré el calificativo de “creativa” a los dos tipos de interpretación, para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación⁷²⁰. En definitiva, estamos de acuerdo con DWORKIN en que todos los géneros de interpretación comparten importantes elementos, y por ello resulta apropiado tratar la interpretación como uno de los grandes ámbitos de la actividad intelectual⁷²¹.

Más allá de estas digresiones sobre las similitudes entre ambas interpretaciones, la jurídica y la artística, esmeradamente tratadas por mejor doctrina a la que nos remitimos para aquel lector interesado en el tema⁷²², nos interesa destacar en este trabajo la idea *dworkiana* de que en la interpretación artística, aunque pudiera parecer que su objetivo principal es la de descifrar las intenciones del compositor de la obra interpretada, no se deben desatender los propósitos del intérprete, claves de la interpretación. Esta idea se enmarca en una discusión mucho más amplia y abstracta como es dónde subyace el valor del arte⁷²³: por un lado, estarían aquellos convencidos del valor del arte en cuanto tal, reconocida en objetos, obras o sucesos particulares, y personificadas en el genio creativo individual. Consecuentemente, la preocupación por la sinceridad del intérprete para con la obra del autor, por descubrir su verdadera intención, a la par que la importancia dada a la originalidad,

⁷²⁰ DWORKIN (1988), p. 47.

⁷²¹ ROCA TRÍAS (2020), pp. 470-482, aplicando estas máximas a la interpretación jurídica de la ley en la ópera *Billy Budd*, de BRITTEN, basada en la novela *Billy Budd, Sailor*, de MELVILLE.

⁷²² Especialmente, debemos mencionar el trabajo de ROCA TRÍAS (2014), pp. 1727-1738, cuyo sugerente título “La interpretación del texto silencioso” expresa la labor que deben realizar los juristas, especialmente los jueces, en paralelo a la labor de los artistas intérpretes, señaladamente los músicos, en lo que se refiere a la interpretación de “textos”, ya sea en forma de leyes, ya de partituras: mientras que el juez, para llegar a aplicar una norma, deberá previamente interpretarla, el músico deberá interpretar la partitura para hacerla accesible al público. De nuevo en ROCA TRÍAS (2020), pp. 478-479. Sobre la interpretación jurídica y la musical, es de obligatoria referencia el trabajo de PUGLIATTI, S. (1940), titulado *L'interpretazione musicale*, así como el ensayo publicado en honor de este último autor por IUDICA, G. (2004), pp. 467-479.

⁷²³ DWORKIN (1988), p. 53.

serán pilares fundamentales de esta postura. Por otro lado, nos encontraríamos con una interpretación constructiva, cuyo objetivo más abstracto sería que el artista interpretase de la mejor forma posible la obra, y de la que DWORKIN parece más partidario⁷²⁴. Esta idea de interpretación podría suponer que, incluso, el autor pudiese aprender del artista⁷²⁵. Ciertamente, esto último no será de fácil cumplimiento, pues como dice HALFFTER, “toda mejora está implícita en la obra imaginada”. No obstante, este compositor reconoce que, en ocasiones, el placer de la interpretación sirve “para añadir matices a la obra que al autor pudieron pasarle inadvertidos o los dejó en un segundo plano”. HALFFTER también parte de que cada intérprete imprime a su obra un estilo o una personalidad que no refleja exactamente lo que ha concebido el autor⁷²⁶. Así, ANSERMET sostiene, refiriéndose al plano musical, que la realización sonora de una obra procede de la misma intuición del lenguaje musical del intérprete y del autor: el autor crea nuevas manifestaciones de ese lenguaje, y el intérprete crea la imagen concreta, lo que implica cierta simpatía entre ambos⁷²⁷. Por lo tanto, aunque se pueda discutir cuál de las intenciones debe prevalecer (cuestión cuya respuesta puede depender de muchas variables, por ejemplo, del género artístico en el que nos encontremos), lo que parece

⁷²⁴ DWORKIN (1988), pp. 54-55.

⁷²⁵ En este sentido, HABERMAS (1984), pp. 131-135, en su digresión sobre la teoría de la acción comunicativa, parte de que el intérprete trata de entender las razones por las que el autor ha seguido ciertas convenciones, normas, o expresado tales ideas, para así tratar de entender el significado que el autor ha querido darle a la obra. Pero el intérprete no podrá examinar estas ideas sin juzgarlas, sin posicionarse a favor o en contra de cada idea. Por lo que frente a lo que otros autores opinan (en concreto, GADAMER, a quien HABERMAS cita), no entiende la interpretación como algo inferior a la creación por el autor, sino como algo de lo que incluso el mismo autor podría aprender. (“*The knowledge embodied in the text is, GADAMER believes, fundamentally superior to the interpreter’s (...) In opposition to this stands the anthropologist’s experience that the interpreter by no means always assumes the position of a subordinate in relation to a tradition.*”).

⁷²⁶ HALFFTER / PARADA (2004), p. 33.

⁷²⁷ ANSERMET (1960), pp. 64-67, utilizando la expresión alemana “*nachschaffender Künstler*” para referirse al intérprete como aquel que crea una obra real de acuerdo con el “plan” entregado por el autor (la partitura), se trata de una “creación de segunda mano”.

indiscutible es que el artista, con su interpretación, está imprimiendo parte de su personalidad, dando lugar a la existencia de algo diferente a la propia obra, y que es la interpretación. Así, la interpretación es un fenómeno jurídicamente protegible, que se materializará en el específico reconocimiento de unos derechos a los artistas.

7.2. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS

Cuando expusimos el caso sobre la voz de María Callas dejamos apuntada la protección específica que se confiere a los artistas intérpretes o ejecutantes en el ámbito de la propiedad intelectual, por constituir sus interpretaciones una aportación creativa derivada de la propia personalidad. Mientras que el autor tendrá, entre otros derechos, aquel destinado a prohibir que su obra se reproduzca sin su autorización, los intérpretes y ejecutantes tendrán derecho a prohibir que se reproduzca esa versión concreta de la obra que ellos interpretan (además de otros derechos que expondremos). Por lo tanto, no se tratará de derechos de propiedad intelectual sobre la obra en sí de la cual la voz es el soporte, sino de la protección de la propia prestación artística.

Los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes se reconocieron por primera vez, a nivel internacional, con la Convención de Roma de 1961⁷²⁸. Aunque no enteramente dedicada a los artistas, ya se atisba una protección sobre el ejercicio de los derechos por colectivos de artistas, el derecho a una remuneración equitativa y única, o los plazos de duración de los derechos. Posteriormente, en 1996, se aprueba el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, en el que, entre otros derechos, destaca el reconocimiento de sus

⁷²⁸ Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Aunque como vimos en su momento, hubo alguna iniciativa a nivel inglés con la *Dramatic and Musical Performers' Protection Act* de 1925. Esta tardanza en su reconocimiento se debió, en parte, a la reticencia de países como EEUU y Reino Unido a reconocer los derechos morales tanto a autores como a artistas. En una comparativa histórica entre los derechos francés y estadounidense de *copyright*, GINSBURG, J. (1990), p. 996, aun señalando todas las similitudes que ambos sistemas tuvieron en sus inicios durante el s. XVIII-XIX, a comienzos del s. XX se producen grandes divergencias debidas, en especial, a las doctrinas personalistas sobre derecho morales que empezaron a desarrollar la doctrina y jurisprudencia francesa.

facultades morales: los derechos a su identificación como artista y a oponerse a toda deformación de sus interpretaciones que cause perjuicio a su reputación. Finalmente, a nivel internacional disponemos del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012, pero que todavía no está en vigor a falta de un estado por ratificarlo de los treinta que se requieren⁷²⁹. La diferencia principal de este tratado sería la previsión de un derecho exclusivo, para los artistas del medio audiovisual, a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas, aunque este derecho, en caso de que así lo establezca la Parte Contratante, podría ser sustituido por un derecho de remuneración equitativa o incluso no ser aplicado, ni con carácter exclusivo ni con carácter de derecho remuneratorio, o serlo solo respecto de ciertas utilidades⁷³⁰. En el plano comunitario, son varias las Directivas que han incidido en el ámbito de la protección artística, desde la Directiva 92/100/CEE (posteriormente 2006/115), hasta la Directiva 2011/77/UE, que modifica la 2006/116. Y la reciente Directiva (UE) 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁷³¹, que como veremos tendrá una importancia capital en el tema aquí tratado, pues uno de sus tres grandes ejes⁷³² es garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor y derechos conexos, entre los que destacan los de los artistas, y que nos obligará a extrapolar a nuestra legislación estatal derechos como la remuneración equitativa

⁷²⁹ A fecha de 7 de enero de 2019.

⁷³⁰ SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1541.

⁷³¹ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE, L, núm. 130, de 17 de mayo de 2019.

⁷³² Los otros dos grandes ejes de la Directiva (UE) 2019/790 son las medidas para adaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital (nuevas excepciones que favorecen la minería de textos y datos, los usos para la ilustración de la enseñanza digital transfronteriza, y la conservación del patrimonio cultural) y medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos (uso de obras fuera del circuito comercial, licencias colectivas con efecto ampliado, acceso de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta y obras de arte visual de dominio público).

de los artistas en los contratos de explotación, actualmente prevista solo para los autores⁷³³.

En el plano estatal, no se reconocieron expresamente los derechos de este colectivo hasta la Ley base 22/1987, de 11 de noviembre, ya que la antigua LPI de 1879 nunca los incluyó. La LPI de 1987 dedicó los arts. 101 a 107 a los artistas, que se han ido modificando y ampliando a la luz de las sucesivas directivas europeas y de alguna ley estatal⁷³⁴. Destacamos la modificación introducida por la Ley 23/2006, que expresamente reconoció los derechos morales de los artistas (con anterioridad el art. 113 LPI se refería solo vagamente a “otros derechos” de los artistas) y los configuró como irrenunciables e inalienables, además de otorgarles un plazo de protección *post mortem* a perpetuidad, al igual que sucede con los derechos morales de los autores. Actualmente, los arts. 105 a 113 LPI se dedican a regular los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes⁷³⁵.

Según parte de la doctrina, los derechos de los artistas se proyectan sobre un bien inmaterial, la actuación, que, como la obra, constituye un *corpus mysticum*, pero que a diferencia de la obra, dicha actuación no está dotada de originalidad⁷³⁶. Estos derechos son el otro eslabón en la

⁷³³ Vid. ap. 4.2.1, cap. IV.

⁷³⁴ Para una exposición más detallada del devenir histórico de la regulación sobre los artistas, vid. SÁNCHEZ ARISTI (2017), pp. 1538-1545.

⁷³⁵ Esta regulación se encuentra dentro del Libro II, titulado “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos”, cuyo primer título se dedica a los derechos de los artistas. Se trata de un libro muy heterogéneo en el que también se incluyen derechos de, por ejemplo, los productores de fonogramas, o de las entidades de radiodifusión. A pesar de ser un libro mucho más corto que el Libro I (dedicado enteramente a los derechos de autor), una parte relevante del libro I es trasladable (según el art. 132 LPI) a los otros derechos de propiedad intelectual del libro II – la presunción del art. 6.1, los arts 17 a 23 sobre derechos de explotación, los arts. 31 a 40 bis sobre los límites a los derechos, y para el caso de los artistas, productores y editores, el derecho del art. 25 LPI, a la compensación equitativa por copia privada. SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1533. Así y todo, con la promulgación de la nueva Directiva (UE) 2019/790, entendemos que habrá otros artículos del Libro I que serán también de aplicación a los artistas intérpretes y ejecutantes, como veremos a continuación.

⁷³⁶ SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1535.

cadena de valor de los productos y servicios que llevan aparejados derechos de propiedad intelectual, compatibles, independientes y acumulables a los derechos de autor, aunque participan de la naturaleza de estos⁷³⁷.

También hay posiciones encontradas entre la doctrina en lo que se refiere a si debería otorgarse un tratamiento equivalente al de los autores, ya que los artistas desarrollan una labor intelectual que involucra su personalidad, en especial su imagen y su voz⁷³⁸. La cuestión a debate es si esa labor intelectual merece ser equiparada a la autoral, o no, o en otros términos: si estamos ante una tarea creativa, o no. Nosotras comulgamos más con la opinión que defiende que, aun no siendo los artistas autores en sentido pleno, pues para eso hay categorías diferentes, ello no significa que la protección del artista deba ser menor que la del autor en aquellos casos en donde sí sea posible, por la naturaleza de las prestaciones, otorgarles tal protección⁷³⁹.

Por otro lado, creemos que la importancia que la creación tiene para la sociedad, verdadero fundamento de la existencia de los derechos de autor, es igual de predicable en el ámbito de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes⁷⁴⁰. Así, el derecho a una remuneración por la ejecución de las actuaciones, análogamente a lo que sucede con el derecho de explotación de los autores, traerá su justificación en la utilidad social de la creación. En definitiva, estos creadores rinden un servicio a la sociedad, comunicando el contenido de la obra,

⁷³⁷ Según SÁNCHEZ ARISTI (2017), pp. 1534-1535, son el segundo nivel de esa cadena. Sin ellos difícilmente se pueden crear nuevos objetos protegidos por otros derechos de propiedad intelectual, es decir, que los fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de radiodifusión normalmente se tendrán que apoyar en una actuación artística. Es por ello que en muchos países se les ha denominado “derechos afines, conexos o vecinos” a los derechos de autor.

⁷³⁸ En este punto, SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1535 entiende la voz como parte de la imagen, al decir que los artistas comprometen “sobre todo su imagen, a través fundamentalmente de los gestos o la voz”.

⁷³⁹ DE ROMÁN PÉREZ (2003), p. 172. En contra, SÁNCHEZ ARISTI (2017), pp. 1536-1537.

⁷⁴⁰ Sobre el fundamento de los derechos de explotación en los autores, y en especial su derecho de remuneración, es esencial el trabajo de CABEDO SERNA (2011).

interpretando los sentimientos y las ansias de las personas y, en general, ayudando con su capacidad divulgativa a la búsqueda de la identidad de las personas y a su entendimiento con los demás seres, que merecerá una remuneración tanto para reconcer este servicio, como para incentivar que se siga creando⁷⁴¹.

La doctrina francesa de mediados del s. XX también era partidaria de esta idea, criticando a aquellos juristas que solo concedían derechos sobre una creación a sus autores, pero no a quienes los interpretasen. Por el contrario, esta doctrina entendía que los artistas debían poder oponerse, al igual que los autores, por ejemplo a los “cortes comerciales realizados en la película por el productor, en la medida en que desfigurarían la unidad de su creación artística”⁷⁴².

Sobre la originalidad en las obras musicales, sintéticamente dejamos apuntado que no hay posturas uniformes, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sobre cuáles son los mejores criterios para medirla. Habrán de tenerse en cuenta, por tanto, no solo los tres aspectos básicos de toda obra musical (melodía, armonía y ritmo), sino también otros elementos (por ejemplo, la dinámica o la articulación) y el efecto sonoro, que puede dar pie a analizar la obra como un todo, sin diseccionar diferentes elementos. Además, la originalidad variará dependiendo del género musical de que se trate⁷⁴³.

⁷⁴¹ CABEDO SERNA (2011), pp. 144-145, citando a doctrina italiana como ASSUMMA y a FABIANI.

⁷⁴² SAVATIER (1953), p. 139-140. Partiendo de una concepción creativa del artista, dice que en ellos hay elementos tan personales que no pueden ser objeto de imitación cuando esta busque engañar al público sobre la persona del artista. Su cuerpo, su persona física es “lo que el artista toca o canta, es resplandor que emana de su ser, que tiene algo demasiado particular en su propia carne para que un imitador pueda robarle su esencia”.

⁷⁴³ SÁNCHEZ ARISTI (2005), pp. 310-316, entendiendo que para analizar la (falta de) originalidad de una obra habrá de tenerse en cuenta elementos diversos que, al presentarse muchas veces de forma compleja, necesitarán del análisis de expertos en teoría y composición musical, pues por lo general un oyente medio no tendrá el suficiente grado de educación musical.

7.3. COORDINACIÓN ENTRE AMBOS GRUPOS DE DERECHOS

En ocasiones, la delimitación entre los derechos de los artistas intérpretes y los derechos de la personalidad podrá resultar no del todo nítida. Cuando se interpreta una obra, el “instrumento” (en sentido amplio) que se emplea es la propia persona, pues utiliza su cuerpo, su imagen y su voz. La implicación personal del artista será, por tanto, muy grande⁷⁴⁴.

7.3.1. Los derechos patrimoniales del cantante vs. su derecho a la voz. Analogía con los derechos de imagen

La doctrina española que ha tratado este tema se ha centrado, básicamente, en la colisión del derecho a la propia imagen con los derechos patrimoniales del artista titular de la imagen, exponiendo diversas teorías. Así, se ha postulado que el actor que cedía su imagen mediante contrato con un productor, obligándose a interpretar determinada película, renunciaba tácitamente a hacer valer su derecho a la imagen frente al productor en lo que se refería a dicha película. Aunque tanto uno como otro tenía un poder de exclusión respecto a la divulgación de la imagen, se debía acudir a un criterio de coordinación entre ambos derechos para que su ejercicio simultáneo no acarrease un menoscabo para ninguno de ellos⁷⁴⁵.

Otros autores diferencian claramente la protección otorgada por una y otra normativa diciendo que la referente a la propiedad intelectual no protege, en realidad, a la imagen que la persona tiene durante esa actuación, sino a la prestación en su conjunto⁷⁴⁶.

Una tercera postura aborda el tema desde el punto de vista de la legitimación para accionar contra el uso indebido de la imagen del artista, determinando el contenido del contrato entre productor y artista

⁷⁴⁴ Explica CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1663-1665 que la confusión entre derechos de la personalidad y derechos morales de los artistas deriva de la confusión misma de la prestación: por un lado, la persona del artista y, por otra, la interpretación.

⁷⁴⁵ Esta es la opinión de GITRAMA (1962), p. 315. En términos similares se manifiesta BLASCO GASCÓ (2008 A), pp. 105-106, diciendo que hay zonas de concurrencia y conflicto entre ambos derechos, limitándose recíprocamente, pero sin eliminarse.

⁷⁴⁶ IGARTUA ARREGUI (1991), pp. 39-40.

el uso legítimo que se le puede dar a la imagen⁷⁴⁷. Si el primero utilizase su imagen más allá de lo contractualmente pactado, según esta postura se estarían lesionando los derechos de explotación del artista. Y si fuese un tercero quien utilizase esas imágenes “escénicas”⁷⁴⁸, tanto el titular de los derechos de explotación como el artista estarían legitimados para accionar contra el usurpador, el primero vía propiedad intelectual, y el segundo vía derechos de imagen y también propiedad intelectual si es que conserva derechos de explotación sobre la obra⁷⁴⁹.

Nosotras entendemos que, en el primer caso, en donde es el productor el que se extralimita de lo permitido en el contrato de cesión, la legitimación del artista vendrá dada también por la LO 1/1982, pues si se está haciendo un uso de la imagen del artista, aunque esa imagen sea la “escénica”, no ha sido consentida por él, ni en los términos previstos en la LPI, ni en los del art. 2 LO 1/1982. Además, debemos añadir que el tema podría no estar tan claro cuando no media un contrato de por medio. Así, en el caso María Callas, se grabó y difundió su voz cuando realizaba una interpretación artística para la que no había otorgado su consentimiento, ni expreso ni tácito, a nadie, pues se trataba de unas pruebas de voz en privado para analizar el estado de la misma. Con la grabación y difusión de estas cintas se estaban, por tanto, vulnerando sus derechos de propiedad intelectual –pues se trataba de una interpretación artística, recordemos que cantó las arias de dos óperas– y también sus derechos de la personalidad, en especial entendemos que los de intimidad y voz: su intimidad, por ser su deseo expreso mantener el carácter privado de las pruebas; y en relación con la voz, por entender ella que este rasgo de la personalidad que la caracterizaba no estaba en plenas condiciones como para volver a los escenarios, por lo que su grabación por un tercero, y posterior difusión inconsentida, iría en contra de su voluntad de mostrar este rasgo de su

⁷⁴⁷ Así lo analiza SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2014), pp. 3084-3085.

⁷⁴⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2014), pp. 3081 y ss., distingue entre lo que sería la imagen personal del artista y la imagen profesional o escénica, la cual en todo caso constituiría el objeto de la cesión en los contratos con los productores.

⁷⁴⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2014), p. 3085.

personalidad⁷⁵⁰. Quizá en términos de imagen se aprecie mejor este razonamiento: si a un modelo que vive de su imagen, y que debido a una enfermedad con secuelas físicas lleva un tiempo alejado de las cámaras, lo fotografía un tercero sin su consentimiento, en un momento en el que, junto a unas personas de confianza, se encuentra realizando unos posados para ellas (quizá para analizar, a posteriori, si considera que ya ha recuperado el aspecto por él deseado para volver a retomar su profesión como modelo), se están vulnerando tanto derechos de propiedad intelectual –ya que aun en privado, se encontraba realizando unos posados– como su derecho a la propia imagen, pues solo a él le corresponde consentir, *ex art. 2 LO 1/1982*, el fin con el que se va a usar la misma. Recapitulando, los derechos de propiedad intelectual que tanto María Callas como el modelo tienen como artistas, derivan de que el objeto mismo de protección de estos derechos son tanto las actuaciones en sí, como su fijación (fijación que puede realizarse por medios fotográficos, sonoros o audiovisuales), correspondiendo al artista el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones (art. 106 LPI), lo que le confiere la facultad de impedir la captación o grabación de las mismas. Y los derechos de la personalidad que ambos artistas ostentan sobre los rasgos de su personalidad los siguen ostentando por el simple hecho de ser personas, y no los pierden por estar realizando una prestación artística.

7.3.2. Los derechos morales de la cantante vs. su derecho a la voz

Por otro lado, también se ha planteado la concurrencia entre los derechos de la personalidad y los derechos morales de los artistas. El derecho moral a la integridad del que son titulares *ex art. 113.1 LPI in fine*⁷⁵¹, dispone una protección directamente entroncada con la de los

⁷⁵⁰ No lo entiende así CÁMARA ÁGUILA (2017), p. 1664, que ve como una confusión que las primeras sentencias alemanas y francesas (entre las que menciona la de María Callas) apuntaran a los derechos de la personalidad como fundamento de esa protección.

⁷⁵¹ El art. 113 LPI es el encargado de conferir facultades morales a los artistas intérpretes o ejecutantes, de manera similar a como lo hacen los arts. 14, 15 y 16 LPI para los autores. Al igual que CÁMARA ÁGUILA (2017), p. 1662, entendemos que este artículo debería presidir la regulación sobre artistas (análogamente a como sucede con

derechos de la personalidad, pues de una primera lectura podría entenderse que solo se lesionará en caso de atentado “a su prestigio o reputación”, es decir, a uno de los bienes amparados bajo el derecho al honor, cual es, como vimos, la reputación profesional⁷⁵². Sin embargo, entendemos que resulta más sensata con el conjunto de la regulación sobre propiedad intelectual (en especial a raíz de la Directiva (UE) 2019/790) aquella interpretación del art. 113 LPI que no lo vincula con una intromisión en el derecho al honor *ex* LO 1/1982. Que el art. 113 LPI requiera que la modificación lesione “su prestigio o reputación” no debe confundirse con la exigencia de una intromisión en el derecho al honor⁷⁵³. Pero eso no quita que a veces puedan solaparse, tanto el derecho al honor, como a la imagen, intimidad y, desde nuestro punto de vista, voz, con el derecho a la integridad de la prestación. La doctrina ha puesto como ejemplos la de aquella imagen de un artista desnudo o semidesnudo en una obra cinematográfica que es utilizada fuera de ese contexto, en una revista o en internet, por lo que se produce una modificación contextual que afecta a la integridad de la prestación⁷⁵⁴. De forma análoga podría suceder con la voz: no es difícil pensar en escenas de películas clásicas que no solo se han hecho famosas por las imágenes de los protagonistas que en ellas aparecen, sino también por lo que dicen y por cómo lo dicen con sus reconocibles voces⁷⁵⁵. Si se sacan de contexto y utilizan, por ejemplo, en un anuncio publicitario, sirviendo de “gancho” para los oyentes radiofónicos, constituiría una

los derechos morales de los autores), y no situarse al final de la misma, como sucede actualmente.

⁷⁵² Esta es la opinión de CÁMARA ÁGUILA (2017), p. 1667, para quien la protección del art. 113 LPI es más restrictiva que la otorgada a los autores *ex* art. 14 LPI, pues para ellos bastaría con “cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella [la obra] que suponga perjuicio a sus legítimos intereses” para entender vulnerado su derecho moral de autor.

⁷⁵³ De la misma opinión es VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1384.

⁷⁵⁴ VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1382, pone como ejemplo la SAP Barcelona (secc. 14ª), de 10 de enero de 2008.

⁷⁵⁵ Piénsese, por ejemplo, en la escena en la que Robert De Niro llama “Counselor, counselor...” en la película *Cape Fear* (1991), e incluso en el doblaje al español por Ricardo Solans, voz habitual de De Niro, y ese “abogado, abogado...”.

intromisión tanto en su derecho moral a la integridad de la prestación, como en su derecho a la voz.

Por lo tanto, de producirse un concurso de pretensiones, la doctrina con la que concordamos estima que la protección más eficaz, según se desprende de la jurisprudencia, vendrá dada por la LO 1/1982⁷⁵⁶.



⁷⁵⁶ VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1382.

CAPÍTULO III

LA VOZ COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

1. Introducción: el estudio de la voz desde diferentes perspectivas

1.1. LA VOZ COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN Y EXPRESIÓN

En la obra de teatro *La voix humaine*, de Jean COCTEAU⁷⁵⁷, una mujer se aferra, a través de un teléfono, al hombre del que está enamorada y que está a punto de terminar su relación con ella. Durante toda la pieza la mujer expresa a través de su voz y sus gestos sus emociones. No hay más escena que ella sola, teléfono en mano, recitando este monólogo conmovedor. A través de esta obra dramática se podría abordar un estudio de la voz como vehículo de emociones, como instrumento de comunicación verbal y de expresión entre las personas, pues la voz representa el soporte acústico del habla⁷⁵⁸. La voz y la personalidad encontrarían relación, desde esta perspectiva, en la particularidad de que solo la especie humana ha sido capaz de desarrollar y utilizar de forma tan especializada los sonidos que producen las cuerdas laríngeas. Este proceso se produjo seguramente a causa de la necesidad de comunicación, para imitar los sonidos de la naturaleza, con finalidades mágicas o para asustar a otros seres

⁷⁵⁷ COCTEAU (1930), *La voix humaine*, obra de teatro de un solo acto. La versión (solo audio) interpretada por la actriz LOUISE CONTE puede escucharse aquí <https://www.youtube.com/watch?v=fksSdTndBw0&t=1373s> [Fecha de última consulta: 30/03/2020]

⁷⁵⁸ Según SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 1324, es indiferente que se tenga a la voz por un instrumento productor de sonidos musicales con un aparato productor de palabras adjunto, o que se considere que ella es un instrumento productor de palabras que lleva unido un aparato productor de sonidos musicales (*Voz “voz”, Diccionario Oxford de la música*).

humanos o animales. Así, aunque la laringe no tiene como función principal la producción de la voz, el ser humano ha desarrollado la capacidad de alargar la espiración del aire y producir la voz y el lenguaje, para comunicarse y expresarse⁷⁵⁹.

1.2. LA VOZ COMO INSTRUMENTO IDENTIFICATIVO

La obra de COCTEAU también nos recuerda que la voz es un medio para identificar a los individuos, en palabras de Danièle HUET-WEILLER, “un segundo rostro, un sustituto de la presencia física que permite identificar al individuo sin ayuda de la vista”⁷⁶⁰. Así, se ha señalado que la segunda función que tiene la voz (la primera sería la comunicativa o expresiva), es la de medio de representación e identificación de las personas⁷⁶¹. Esto es consecuencia de que la voz, en cuanto material sonoro, se descompone en tres parámetros acústicos –timbre, frecuencia e intensidad– que juntos producen que cada persona posea una voz diferente al resto. El timbre es quizá el parámetro más descriptivo de la voz, pues permite distinguir dos sonidos de igual altura, duración e intensidad⁷⁶². Ofrece a quien escucha información muy valiosa sobre el titular de la voz, permitiendo que se genere un perfil aproximado de la persona en base a su edad, género e incluso apariencia física. La frecuencia vocal hace alusión a los picos de intensidad –o “formantes”– en los que se concentra la mayor parte de la energía sonora de un determinado sonido, permitiendo así distinguir los sonidos del habla humana, en especial las vocales. La frecuencia de

⁷⁵⁹ La misión principal de la laringe es controlar la entrada de aire y evitar la entrada de cuerpos extraños en el aparato respiratorio. Aunque la mayoría de los mamíferos están capacitados para producir sonidos utilizando las cuerdas laríngeas de forma valvular para la fonación –ningún animal emite la voz por otro órgano que no sea la laringe, por lo que los animales que no tienen pulmón tampoco tienen voz–, solo la especie humana ha conseguido desarrollarlas y utilizarlas de una forma tan especializada. Para un estudio morfológico de la voz, véase GIMENO PÉREZ / TORRES GALLARDO (2008), pp. 26-27.

⁷⁶⁰ HUET-WEILLER (1982), p. 497.

⁷⁶¹ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 3.

⁷⁶² El timbre es consecuencia del choque del aire con la cavidad buco-nasal, los labios, la lengua y los dientes, determinando así la forma que acaba adaptando una voz. En palabras de CORNUT (1990), p. 43, es el resultado de la transformación y la conformación del sonido laríngeo por las cavidades de resonancia.

la vibración (tantas vibraciones por segundo) determina la altura: cuanto más lentamente se sucedan las vibraciones, más grave será el sonido, y cuanto más rápido, más agudo⁷⁶³. En la voz hablada, la altura tonal oscila alrededor de una frecuencia media que es casi siempre la misma para un sujeto que mantiene una conversación normal, pero que difiere entre los niños, más agudo (normamente entre si 2 y mi 3), las mujeres, un poquito más grave (entre sol 2 y re 3) y los hombres, bastante más grave (entre sol 1 y re 2). Por último, la intensidad depende de las circunstancias de utilización de la voz, pudiendo ir desde una voz murmurada casi inaudible, hasta una intensidad con valores difícilmente tolerables con el oído (del orden de 110 decibelios)⁷⁶⁴.

En nuestra opinión, esta función identificativa de la voz no se limita a individualizar a cada persona como lo hacen las huellas dactilares o el iris del ojo. Si bien ya se habla de la “huella vocal” – cuestión a la que nos referiremos más detenidamente en los apartados sobre la contratación a través de la voz y sobre la voz como dato personal– la función identificativa de la voz va más allá, vinculándose con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, entendemos que estamos ante un rasgo de la personalidad que nos define como personas y hace reconocibles como individuos portadores de unos valores y cultura, de forma similar a como lo hacen la imagen y el nombre. Aunque hay parámetros de la voz determinados por nuestra genética, hay otros que vamos modulando de forma acorde a nuestra personalidad y manera de ser, en parte debido a la función expresiva de la voz. Que los artistas deban autorizar expresamente el doblaje de una grabación suya cuando se vaya a utilizar la misma lengua empleada por ellos, o su lengua propia (o una de sus lenguas propias) cuando la grabación la hicieron en otra lengua, es significativo de la afectación a la personalidad que puede tener el asignar una voz que no se corresponde con la de la persona representada⁷⁶⁵. También son reveladoras las recientes iniciativas que promueven “donar tu voz” para

⁷⁶³ SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 50 (*Voz “acústica”, Diccionario Oxford de la música*).

⁷⁶⁴ CORNUT (1990), pp. 41-42.

⁷⁶⁵ Al respecto, *vid.* ap. 3.2, cap. V.

pacientes que han perdido o perderán previsiblemente la facultad de hablar: el disponer de la voz de un conocido, o incluso de la propia, en los sintetizadores de voz utilizados por estas personas, les permite conservar parte de su personalidad, evitando voces robotizadas e iguales para todos los pacientes de estas enfermedades⁷⁶⁶. Tampoco las cadenas radiofónicas son ajenas a esta función identificativa de la voz, y cada vez es más frecuente el uso –especialmente en las denominadas “cuñas”–, de voces de personas ancianas, o de niños, logrando así que más oyentes se vean reflejados en la persona representada por esa voz.

Por todo ello, esta función identificativa y de reflejo de nuestra personalidad será la que más nos interese a la hora de abordar el estudio de la voz desde la perspectiva jurídica, en especial cuando defendamos la existencia de un derecho a la voz como derecho de la personalidad.

1.3. LA VOZ COMO INSTRUMENTO MUSICAL Y DE TRABAJO

En 1958, Francis POULENC compuso una ópera basada en la mencionada obra de COCTEAU. Con homónimo título y con dirección musical del propio COCTEAU, en *La voix humaine* una única soprano interpreta, de forma lírica y acompañada por una orquesta, la obra dramática⁷⁶⁷. El tratamiento de la voz, aunque en estilo próximo al recitativo, es declamado, quedando perfectamente plasmada cada frase del libreto en una partitura en la que predominan las notas repetidas,

⁷⁶⁶ Los procesos para la “creación” de estas voces consisten en la grabación de unas cien frases (que no son aleatorias, pues en ellas están recogidas todos los sonidos necesarios para construir esas voces), creando unas con un timbre más natural. Las investigadoras de la Universidad del País Vasco que han desarrollado este proyecto (“Aholab”) tienen como objetivo humanizar la comunicación entre pacientes que han perdido la capacidad de hablar, evitando “voces robotizadas y sin personalidad”. Un caso de un periodista que recurrió a este método tras ser diagnosticado de ELA puede consultarse aquí: https://www.eldiario.es/sociedad/grabar-frases-devolver-habla-ELA_0_978152282.html [Fecha de última consulta: 30/03/2020]

⁷⁶⁷ POULENC (1958), ópera *La voix humaine*, compuesta para soprano y orquesta, fue estrenada por la diva operística DENISE DUVAL (de hecho, POULENC creó la partitura vocal a su medida, lo que demuestra la importancia de unas determinadas cualidades vocales). Esta versión puede consultarse aquí: https://www.youtube.com/watch?v=HaXaJy8_Nc [Fecha de última consulta: 30/03/2020]

próximas en intervalos, y silencios acordes con las pausas de una conversación telefónica.

La voz se configura, así, como instrumento musical y como el principal elemento de trabajo, en este caso del quehacer artístico⁷⁶⁸. Los cantantes, no solo del género operístico, sino de cualquier género musical, harán de su voz su instrumento musical y de trabajo⁷⁶⁹. Sobre la relación entre artistas, personalidad, y voz, una sentencia de hace más de un siglo, dictada por el Tribunal de la Seine, ya adelantaba que “la reproducción sonora solo pertenece al artista, de quien se toma prestada su voz. Voz que es propia de él, que es su acento y, por así decirlo, su personalidad”⁷⁷⁰. Afirmación que, aunque en algunos puntos deberá ser matizada (por ejemplo, en cuanto al derecho de reproducción, pues no siempre pertenecerá en exclusiva al artista), representará el *leitmotiv* en el análisis de la protección de la voz desde el punto de vista artístico.

Pero también otros profesionales utilizarán como principal herramienta de trabajo su voz: locutores de radio⁷⁷¹, dobladores, o aquellas mujeres que en los últimos años ponen voz a los asistentes virtuales de todo tipo de aparatos tecnológicos⁷⁷². Estas voces, reconocibles por gran parte del público, son la prueba más evidente del valor económico de la voz. No por casualidad se anuncian películas de

⁷⁶⁸ Otros autores han establecido otras clasificaciones del estudio de la voz desde el Derecho. Por ejemplo, SERNA (2002), num. 15, dice que el Derecho se enfrenta a tres aspectos de la voz: la voz como fenómeno fisiológico, referido a la valoración jurídica del cuerpo humano; la voz como fenómeno intelectual, vehículo de pensamiento, que debe ser confrontado con el derecho de la propiedad intelectual; la voz como fenómeno físico, indiscutiblemente perteneciente a una persona y a una personalidad, pero también un elemento autónomo, el sustrato de una naturaleza jurídica propia.

⁷⁶⁹ Quizá la mejor comparación de la voz, ya manifestada por SCHOLES / OWEN WARD / DEVOTO (1984), p. 1324 (*Voz “voz”, Diccionario Oxford de la música*) con cualquier otro instrumento sea la hecha con el órgano, instrumento compuesto fundamentalmente por multitud de tubos (de lengüeta y flautados) por los que pasa el aire.

⁷⁷⁰ Sentencia del Tribunal de la Seine, de 6 de marzo de 1903, S. 1907, 2, 115.

⁷⁷¹ No en vano la actual campaña publicitaria de la Cadena radiofónica SER tiene por lema “el poder de la voz”.

⁷⁷² Las bautizadas como *Siri* (la de Apple), *Alexa* (Amazon), *Cortana* (Microsoft), *Marta* (Tomtom), entre las más conocidas.

animación “protagonizadas por las voces de...” determinados famosos⁷⁷³. En estos supuestos, la protección de la voz la abordaremos no solo desde el punto de vista de los derechos de la personalidad (que también), sino desde otra amplia categoría de bienes inmateriales: la de los derechos de propiedad intelectual e, incluso, industrial. Y en los casos en los que se vean involucrados componentes comerciales y prácticas concurrenciales, será necesario que acudamos, asimismo, a la normativa sobre competencia desleal.

Dicho todo lo anterior, no es de extrañar que se haya señalado la dificultad que supone para los críticos de la Cultura –y del Derecho, añadimos nosotros– la teorización del sonido, y los problemas que comparten las diferentes aproximaciones desde los ámbitos de la propiedad intelectual e industrial, de los derechos de la personalidad o de la competencia desleal, a la hora de codificar un mismo fenómeno sonoro, aunque manifestado de diversas maneras y con funciones diferentes⁷⁷⁴. Partiendo de esta teorización del sonido, en las siguientes páginas bosquejaremos la dogmática del derecho a la voz, para lo que nos apoyaremos en las aproximaciones que se han hecho desde el Derecho comparado y escasamente desde el Derecho español; analizaremos la jurisprudencia que se ha manifestado sobre este fenómeno, y por último realizaremos una propuesta de configuración del derecho a la voz. Después, en los siguientes capítulos, analizaremos el papel que puede tener la voz en el ámbito contractual y concretaremos las acciones que entendemos que se deberán aplicar en cada caso para la mejor protección de la voz.

⁷⁷³ Así sucede actualmente con la recién estrenada película *La Gallina Turuleca* (2020, dirigida por Víctor Monigote), en cuyo cartel promocional se lee, al lado del título, “con las voces de Eva Hache y José Mota”, y cuyo director no niega que hay una parte de márketing detrás de la elección de estas voces de actores famosos. También cantantes famosos como Chenoa han puesto voz a personajes de animación (véase a Val, en la película *Cavernícola*, o a Mandy, en *UglyDolls*).

⁷⁷⁴ GAINES (1991), p. 106.

2. La configuración dogmática actual del derecho a la voz

2.1. El derecho a la voz en la doctrina comparada

En la doctrina comparada, para algunos autores que la voz humana debe ser protegida es algo indiscutible. Admiten que, al igual que sucedió con la imagen, esta necesidad de protección es algo evidente desde hace relativamente poco tiempo, pues “la ley necesita un punto de anclaje, un objeto estable que no se desvanezca”⁷⁷⁵. Como vimos, fue con la invención de la fotografía cuando más necesaria se hizo la protección de la imagen de las personas. Con la invención del fonógrafo, algo parecido tendría que haber ocurrido con la voz y que es lo que defiende esta doctrina, pues el desarrollo de la técnica ha posibilitado la existencia de aparatos de grabación “infinitamente más sensibles que el ojo y el oído” que permiten captar y fijar permanentemente lo que antes era esquivo y efímero⁷⁷⁶. A continuación, nos detendremos en aquellos ordenamientos en los que más atención se ha prestado a la cuestión objeto de este trabajo.

2.1.1. La doctrina italiana

Como hemos señalado, el *Codice civile* de 1942 reguló en sus arts. 5 a 10 los derechos a la integridad física, al nombre y seudónimo, y a la propia imagen. Si bien no recogió específicamente un derecho a la voz, algún autor ya había postulado incluso antes de su promulgación sobre la conveniencia de una protección específica para la voz, afirmando que el rostro de una persona no era más íntimo a su ser individual que su voz y que, por tanto, la protección que el Derecho debía otorgar a la imagen no debía negarse a la voz⁷⁷⁷. Quizá influenciado por estas ideas, tres décadas después, en 1953, el primer caso italiano del que tenemos noticia y en el que se hace mención al derecho a la voz es el *caso*

⁷⁷⁵ HUET-WEILLER (1982), p. 498.

⁷⁷⁶ SAVATIER (1953), pp. 137-138, señalando que “de los actores del pasado nada queda”, en comparación con los de su época, de los que ya podían grabarse “sus gestos y su voz”.

⁷⁷⁷ MUSATTI (1913), pp. 317-318.

Caruso, en el que los descendientes del célebre tenor italiano demandan a una productora que realiza una película, *Leggenda di una voce*, sobre la vida del cantante sin previo consentimiento de sus familiares⁷⁷⁸. En lo que aquí nos interesa, uno de los puntos sobre los que pivotó la argumentación del tribunal fue que la imitación de la voz de Caruso (pues en la película sustituyeron su voz por la de otro tenor vivo en el momento del rodaje) formaba parte de su imagen, imagen que “adquiere una importancia significativa cuando (...) es la imagen de un cantante, pues la voz tiene un valor distintivo de su personalidad”. No obstante, el tribunal vincula tanto la imagen como la voz al derecho al honor, y concluye que dado que la reproducción de la voz no ofendía a la reputación del famoso tenor (pues aunque la voz del que lo imitaba no poseía cualidades tan extraordinarias, sí se trataba de un profesional), dichos pasajes cantados no violaban “*la reputazione di Caruso*”⁷⁷⁹. En la crítica formulada por la doctrina a la sentencia se discrepa en este punto, no tanto por no compartir el fallo de que no había intromisión en el derecho de imagen, sino por no considerar a la imagen y a la voz como derechos autónomos. Así, PUGLIESE entendió que tanto el uso inconsentido de la imagen como el de la voz no viola solo la reputación

⁷⁷⁸ Tribunale di Roma, Sentenza 14 settembre 1953 (*caso Caruso*), recogida en *Il foro italiano*, vol. 77, 1954, pp. 115-133, espec. p. 127 en lo que se refiere a la voz.

⁷⁷⁹ La sentencia analiza tres cuestiones, a saber: si la productora tenía derecho a representar la vida del tenor sin haber recabado previamente dicho consentimiento (a la cuestión de la *privacy* en el Derecho italiano suscitado por el *caso Caruso* se refiere ALPA (2018), pp. 276-279, y en nuestro Derecho tempranamente lo recogió GALLARDO RUEDA (1961), pp. 3-5); si finalmente hubo intromisión, en qué términos; y, en su caso, cuáles serían las sanciones. Termina sentenciado que, aun siendo lícito representar la vida de un cantante famoso como tema de una película sin su consentimiento o el de sus familiares, y siendo la película en cuestión lícita en su conjunto, cuatro escenas de la misma invaden la esfera íntima del cantante o son perjudiciales para su honor o decoro, por lo que ordena la supresión de estas escenas y al pago de una indemnización por los daños morales y patrimoniales (a los que llama “daños económicos directos”) y que se derivan de la imposibilidad que tendrán los familiares de disponer de la facultad de utilizar episodios de la vida del cantante. Finalmente, aunque esta sentencia es afirmada en apelación (Ap. Roma, de 17 de mayo de 1955, en *Foro Italiano*, 1956, I, c. 796), es revocada en Casación en sentencia 4487, de 22 de diciembre de 1956, en *Foro italiano*, 1957, I, c. 4, entendiendo el tribunal que no disponían de ningún precepto en el ordenamiento italiano protector de la intimidad ni de la vida privada.

de la persona, sino que son derechos que afectan directamente a la personalidad. Aunque admite que se puede dudar de la definición precisa sobre los bienes que están protegidos por el derecho a la imagen y por el derecho a la voz, de lo que no cabe duda es de que “ocupan un lugar elevado en la escala de valores humanos e incluso los considera más estrechamente relacionados con la personalidad que el derecho a la intimidad (*riservatezza*), pues van más allá que la intromisión en su esfera privada⁷⁸⁰”.

Esta misma opinión fue compartida por otro gran civilista italiano de la época, DE CUPIS, para quien la voz constituía algo tan íntimo que la persona debía tener la facultad de permitir o prohibir su reproducción, al entender que la personalidad individual no estaba menos impregnada en la voz que en la imagen⁷⁸¹. Aunque este autor partía de que la voz y la imagen constituían “otras manifestaciones del derecho a la intimidad”, debemos precisar que la doctrina italiana fue construyendo alrededor del art. 10 del *Codice* una categoría general del *diritto alla riservatezza* en el que incluían, no solo el derecho a la propia imagen, expresamente nombrado en el precepto, sino también, según algunos autores, el derecho a la voz⁷⁸². Por lo que, aunque el mencionado art. 10 habla de una protección a la imagen vinculada a la posible vulneración del derecho a la *riservatezza* de la persona, no se ha negado la protección a la imagen *per se*, cuestión que se hace extensiva a la voz, constituyendo ambos derechos autónomos. Por lo tanto, cuando DE CUPIS se refiere a tal derecho está considerando también ilícitas las reproducciones de voz no consentidas, con independencia de que estas vulneren o no, simultáneamente, el derecho a la *riservatezza*, puesto

⁷⁸⁰ PUGLIESE (1954), p. 118.

⁷⁸¹ DE CUPIS (1959), pp. 294-295 y de nuevo en (1982), p. 326.

⁷⁸² Art. 10 *Codice civile: Abuso dell'immagine altrui: Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.*

que la voz es algo tan “íntimo” que la persona debe tener la facultad de permitir o prohibir su reproducción⁷⁸³.

Pero también hubo doctrina que en esa época negó la existencia de un derecho a la voz sobre la base de una carencia de norma *ad hoc* que expresamente lo regulase. Así, SANTINI sostenía que no solo no existía sino que no tenía sentido ni como derecho personalísimo que salvaguardase la identidad personal del sujeto, ni como derecho autónomo que tutelase la intimidad y el honor⁷⁸⁴. En su pormenorizado estudio (que así y todo titula “*Il diritto alla voce*”) reconoce que la tutela de la voz se presenta en dos planos y direcciones diferentes: por un lado, como garantía de un aspecto personal de cada individuo, por tanto como derecho de la personalidad, y por otro, al menos en lo que se refiere a aquellos personajes famosos cuya voz es conocida por un gran público, en el campo de los derechos de autor, en referencia a los artistas intérpretes o ejecutantes. Pero se pregunta hasta qué punto ambos ámbitos interfieren el uno con el otro, y si se puede afirmar que el ordenamiento italiano dispone de una tutela que se extienda, en el concreto ámbito de la voz, a todos los individuos⁷⁸⁵. En cuanto al ámbito de la propiedad intelectual, partiendo de los arts. 80 y ss. de la Ley de derechos de autor italiana, deduce que se protegen las actuaciones y grabaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes en su plenitud y que, aunque unido a manifestaciones de la personalidad humana, no puede ni definirse como un derecho de la personalidad, ni protegerse únicamente la voz, pues se trata de un derecho mucho más amplio. Además, razona que si se aplicase la regla en sentido contrario, no protegería manifestaciones de los artistas fuera de su contexto

⁷⁸³ Sobre el *diritto alla riservatezza* como categoría general en la que englobar otros derechos autónomos, *vid.* en el ámbito doctrinal español, DE VERDA Y BEAMONTE (2017), p. 102. Cabe destacar la diferenciación que realiza DE CUPIS (1959), p. 295, de este derecho con los reconocidos a los artistas intérpretes por la realización de sus actuaciones, en los que entiende que, de verse involucrado algún derecho atentatorio a su personalidad durante la realización o difusión de sus interpretaciones, se tratará del honor, pero no de la *riservatezza* (ni por tanto del derecho a la imagen o voz).

⁷⁸⁴ SANTINI (1977), p. 1034.

⁷⁸⁵ SANTINI (1977), p. 1027.

profesional, y un derecho a la voz debería preservar siempre frente al uso inconsentido de la misma⁷⁸⁶.

Por otra parte, en lo que se refiere al estudio de la voz como derecho de la personalidad, SANTINI reconoce que estamos muy cerca de las otras dos cualidades –nombre e imagen– de la personalidad que reflejan la identidad personal y que sí encuentran protección expresa en el *Codice*. Incluso llega a admitir la imposibilidad de la falsificación de voces, pudiéndose siempre determinar, mediante “técnicas refinadas”, quién es su titular, cosa que para el autor es más difícil con la imagen y nombre⁷⁸⁷. No obstante, de forma un tanto contradictoria a nuestro entender, termina concluyendo que la voz posee menos poder individualizador que el nombre o la imagen⁷⁸⁸. En lo que sí parece estar de acuerdo con autores como DE CUPIS o PUGLIESE es en la consideración como ilícita de aquellas imitaciones de la voz que comprometan el honor o reputación del sujeto imitado, pero la vulneración vendrá dada normalmente por el contenido de la expresión o por imputar palabras al imitado que lo descalifiquen⁷⁸⁹.

En conclusión, no ve plausible la existencia de un derecho a la voz como derecho autónomo, ni para personas con voces “desconocidas o anónimas” ni para artistas o personas famosas. De todas formas, no descarta que se reconozca a estos últimos algún tipo de protección sobre su voz cuando esta sea imitada, por medio de otras ramas del Derecho como el de la competencia desleal o el Derecho de marcas. Considera de preferente aplicación el primero, con base en un caso jurisprudencial que se había dado en EEUU (*caso Bert Lahr*, que comentaremos en su momento), si la voz se constituye en elemento característico de un producto (de una grabación o disco) o de un espectáculo, ya que podrá sufrir ataques de competidores a través de la imitación. En caso de que

⁷⁸⁶ SANTINI (1977), pp. 1027-1029.

⁷⁸⁷ SANTINI (1977), p. 1031, habla de personas con nombres homónimos, de dobles y de “homófonos”, término que usa para personas con misma voz.

⁷⁸⁸ SANTINI (1977), pp. 1029-1030 y 1033, aunque por otro lado opina que el hecho de que la voz también sirva para manifestar el pensamiento le otorga mayor distinción que al resto de atributos personales.

⁷⁸⁹ SANTINI (1977), p. 1032.

las normas de competencia no se lograran aplicar, vería como remedio constituir la voz del artista como marca de un servicio de entretenimiento, lo que supondría avanzar en la protección de los signos distintivos pero, a su vez, hacia la mercantilización del artista o ejecutante⁷⁹⁰.

Posteriormente otros autores italianos como BIANCA admitirán que, a pesar de la falta de una disposición legislativa específica, la voz, similar a la imagen, es una manifestación de la persona que exige ser protegida en base a la exigencia general de protección de la intimidad personal⁷⁹¹. Y hoy, la mejor doctrina civilista sigue entendiendo que sería una solución muy insatisfactoria excluir la protección civil de la voz solo por el hecho de no encontrarse este atributo de la personalidad recogido expresamente por una disposición legislativa⁷⁹². RESTA parte de la consideración de que el timbre vocal pueda ser, en determinadas circunstancias, dotado de una capacidad identificativa de la persona incluso mayor que la imagen, poniendo como ejemplo a un conocido locutor radiofónico. Ello sumado a que se podría producir una explotación comercial no autorizada de la voz mediante su reproducción e imitación, para el autor es argumento suficiente para considerar ilógico que no se proteja de la misma manera que lo establecido en los arts. 7 y 10 para el nombre y la imagen⁷⁹³. Este autor, además, proporciona un último argumento en favor del reconocimiento de un derecho a la voz: su toma en consideración como dato de carácter personal⁷⁹⁴. Pero a nuestro parecer, si bien actualmente la voz es indudablemente un carácter susceptible de conformar un dato personal y uno de los rasgos utilizados por la tecnología de reconocimiento

⁷⁹⁰ SANTINI (1977), pp. 1034-1035.

⁷⁹¹ BIANCA (1990), p. 174. Por su parte, GALGANO (1990), p. 163. no se pronuncia sobre la existencia o no de un derecho a la voz, y se limitaba a negar que el contenido del derecho a la imagen alcanzase a la voz de las personas. También RESTA (2005), p. 168, nota a pie 120, cita a otros autores italianos como MONATERI, SAVORANI y DOGLIOTTI.

⁷⁹² RESTA (2005), pp. 167-168, señalando como posible excepción la regulación en los arts. 80 y ss. de la Ley de derechos de autor, referidos a los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

⁷⁹³ RESTA (2005), p. 168.

⁷⁹⁴ RESTA (2005), pp. 168-169.

biométrico, no creemos que este hecho sirva, por sí solo, para apoyar la existencia de un derecho de la personalidad, aunque sin duda coadyuva⁷⁹⁵.

En cuanto a la jurisprudencia, tras el *caso Caruso* encontramos algún que otro pronunciamiento con mención al derecho a la voz, algunas veces para negarlo⁷⁹⁶, y otras para reconocerlo⁷⁹⁷. Por ejemplo, en el *caso Brasili*, de 1964, se utilizan grabaciones de la voz de un comentarista radiofónico para la banda sonora de la película italiana “*Ieri, oggi, domani*”⁷⁹⁸ y el tribunal no niega un derecho a la voz, aunque finalmente no lo considera vulnerado al no haberse producido ningún daño al honor, reputación o decoro del comentarista por la difusión de su voz en la banda sonora; como tampoco consideró que entrasen en juego los derechos de autor del orador. Sobre este caso la doctrina ha dicho que si bien la solución dada por el tribunal puede ser correcta (pues el uso de la voz fue ínfimo, solo se trataba de un extracto de una lectura sobre la cotización en bolsa), no lo es su motivación, considerando a la voz un elemento de la personalidad cuya vulneración no necesita que se vulnere a la vez el honor de su del titular⁷⁹⁹.

2.1.2. La doctrina portuguesa

La cláusula del art. 70 del Código civil portugués sobre el derecho general de la personalidad es la que faculta en este ordenamiento la tutela jurídica de la globalidad de los elementos de la personalidad humana, confiriéndole al derecho general de la personalidad una

⁷⁹⁵ Como expondremos en el ap. 2, cap. V, las huellas dactilares también se consideran dato de carácter personal, y no por ello constituyen un derecho de la personalidad.

⁷⁹⁶ Por ejemplo, Trib. Milan 10 febrero 2000 (recogida en AiDA 2000, p. 879) diciendo que el ordenamiento italiano no conoce un derecho a la voz, no previendo una protección autónoma de este aspecto de la personalidad del individuo, ni la consiguiente ilegalidad de imitaciones no autorizadas.

⁷⁹⁷ Trib. Roma, 12 mayo 1993 (caso *Branduardi*), sobre explotación el timbre vocal del cantante, y del Trib. Milán, 26 mayo 1997 (caso *clip di voce*) sobre la reproducción de un clip de voz más allá de los términos acordados en un contrato publicitario.

⁷⁹⁸ *Brasili c. Compagnia cinematografica Champion*, Tribunal de Milano, 10 febbraio 1966 (Caso *Brasili*). Recogida en *Diritto di autore* (1966), pp. 369-375 y (1964), pp. 191-194.

⁷⁹⁹ RIGAUX (1990), p. 410.

“maleabilidad y versatilidad de aplicación a situaciones nuevas y complejas”⁸⁰⁰. Esta cláusula se ve completada por la consagración de un derecho al libre desarrollo de la personalidad en el plano constitucional (con base en el art. 26 Constitución portuguesa), proporcionándose así una tutela “vocacionalmente globalizante y, por ello, tendencialmente continua”⁸⁰¹.

En lo que aquí nos interesa, entre la doctrina portuguesa encontramos quienes consideran que la cláusula del art. 70 tutela diversos bienes jurídicos entre los que se encuentra la identidad, cuya protección incluye no solo la imagen física, los gestos, o la identidad sexual, sino también la voz humana⁸⁰². Sobre la voz, expone CAPELO DE SOUSA que es uno de los atributos extrínsecos de cualquier persona, que la identifica e individualiza, y también intrínsecos, por cuanto es una cualidad físico-espiritual de la personalidad, dotada de creatividad y originalidad. Ello impide que alguien pueda, sin motivo justificado⁸⁰³, fijar, difundir o disponer de la voz de otro, ya sea cantada o hablada. Señala que también se consideran ilícitas las modificaciones y las imitaciones fraudulentas de la voz, exceptuando las imitaciones humorísticas siempre y cuando sean identificadas como tal y no induzcan a error al oyente medio⁸⁰⁴. Fruto de esta importancia dada a la voz, dice el autor que en 1989 se consagra a nivel constitucional la protección de la palabra en sede de derechos, libertades, y garantías personales, situándose así al mismo nivel que otros como la identidad personal, el desarrollo de la personalidad o la imagen⁸⁰⁵.

Otro sector doctrinal luso incluye la protección a la voz o “palabra hablada” dentro del concepto de imagen y, por tanto, con base en el art.

⁸⁰⁰ CAPELO DE SOUSA (1995), p. 93.

⁸⁰¹ MOTA PINTO (2000), pp. 149 y ss.

⁸⁰² CAPELO DE SOUSA (1995), pp. 246-247.

⁸⁰³ Llama la atención la expresión de “sin motivo justificado” que utiliza el autor, pues a salvo de las imitaciones humorísticas que señala después, no establece otros posibles motivos que podrían justificar una intromisión en este derecho, entre los cuales sin duda debe situarse el consentimiento del titular a la grabación y/o difusión de su voz.

⁸⁰⁴ CAPELO DE SOUSA (1995), p. 247.

⁸⁰⁵ Sobre el reconocimiento en la Constitución portuguesa de estos derechos, *vid.* ap. 2.2.2, cap. II.

79 del Código civil sobre el derecho a la imagen, y no con sustento en el art. 70⁸⁰⁶. Argumentos que apoyaría esta teoría serían que el art. 199 del Código penal portugués equipara la voz a la imagen, tipificando como delito las grabaciones y fotografías ilícitas; también, que el art. 7.2 e) del Código de publicidad exige la autorización de la persona cuya imagen o voz se utiliza en los anuncios. Esta configuración extensa del derecho a la imagen impediría la grabación o la utilización de grabaciones no consentidas de las palabras proferidas por una persona en privado y no destinadas al público⁸⁰⁷.

Por último, la postura que más nos convence es la DE CARVALHO y la doctrina que le sigue, y que considera la existencia de un *direito à palavra* como derecho autónomo, y no como mero atributo o bien de la identidad, como sucedía en la primera postura comentada. Para DE CARVALHO el *direito à palavra* sería, junto con el derecho de imagen, la “proyección física” del derecho a la inviolabilidad personal. Doctrina posterior, en especial GUIMARÃES, parte de una concepción ilimitable de la personalidad, con base en la cláusula del art. 70 CC portugués, pero que no impide que se distingan diferentes proyecciones de la misma, traducándose en una tutela autónoma de determinados derechos “especiales” de la personalidad, que se han reconocido por la “práctica de los tribunales, por la doctrina y, en algunos casos, expresamente por la ley”⁸⁰⁸. Nótese que la autora está poniendo los tres casos al mismo nivel, pudiendo entenderse como derechos autónomos de la personalidad tanto aquellos derechos expresamente reconocidos por la ley como aquellos otros que doctrina y tribunales hayan ido formulando, por lo que entendemos que el derecho a la palabra se

⁸⁰⁶ MORAIS ANTUNES (2012), p. 181; MENEZES CORDEIRO (2011), p. 248, aunque este autor considera que el derecho sobre la palabra puede sustentarse tanto en el art. 70 o, de ser necesario, en el art. 79, por analogía.

⁸⁰⁷ MORAIS ANTUNES (2012), p. 181, si bien la autora cita a doctrina que no está de acuerdo con esta ampliación del concepto de imagen, señaladamente a OLIVEIRA ASCENSAO, y otra como AMARAL CABRAL que defiende que la captación y divulgación de la voz y el denominado derecho a la voz encuentra tutela legal en el art. 80, sobre el derecho a la intimidad.

⁸⁰⁸ GUIMARÃES (2017 B), p. 26. ã

encontraría dentro de aquellos reconocidos por la doctrina⁸⁰⁹. Así, ha señalado que este derecho protege los elementos orales que permiten la identificación de la persona⁸¹⁰. Es decir, que incide sobre el habla como forma de expresión oral, independientemente de su contenido (por lo que debe diferenciarse de los derechos de autor), y que puede ser violado por la captación de la voz (señaladamente grabaciones), divulgación in consentida, por la simple audición (escuchas) y por la imitación, sin perjuicio de que aparezcan otras formas nuevas de intromisión. El régimen aplicable al *direito à palavra* será, mediante analogía, el del art. 79 CC portugués, relativo al derecho de imagen⁸¹¹; es más, esta autora deja la puerta abierta a que se determine y cuestione el grado de elasticidad de preceptos como el art. 79 CC (o el art. 80 CC relativo a la protección de la intimidad), preguntándose si la creciente complejidad de las nuevas agresiones a la personalidad no generarán que se deban dictar normas especiales y autónomas para la protección de los derechos de la personalidad en cuestión⁸¹².

2.1.3. *La doctrina alemana*

En el ordenamiento jurídico alemán, la formulación y reconocimiento jurisprudencial de un derecho general de la personalidad con base en los §§ 1.1 y 2.1 GG, garantiza el derecho a controlar todo uso de cualquier rasgo que afecte a la personalidad, uso que podrá generar tanto daños morales como patrimoniales. Por eso, aunque la voz no disponga de un parágrafo específicamente dedicado a

⁸⁰⁹ De todas formas, como ya vimos en su momento, el *direito à palavra* aparece recogido en el art. 26 de la Constitución portuguesa. *Vid.* ap. 2.2.2, cap. II.

⁸¹⁰ GUIMARÃES (2017 B), p. 29, poniendo como ejemplo de violación frecuente tanto del derecho a la imagen como del derecho a la voz (*direito à palavra*) las aplicaciones móviles y programas de ordenador que controlan el funcionamiento de la cámara y micrófono sin que el usuario lo perciba. También puntualiza que el derecho a la palabra puede proteger no solo la palabra hablada sino también la “escrita”, entendiendo esta como aquella expresión característica de determinada persona que, aunque en un primer momento se produzca la asociación de esa expresión con esa voz (por tanto, de forma oral, hablada), en caso de plasmarse por escrito y producirse tal asociación, estaremos también ante el derecho a la palabra.

⁸¹¹ GUIMARÃES (2017 B), p. 41.

⁸¹² GUIMARÃES (2017 B), p. 35.

ella (como sí tienen la imagen y el nombre, a cuya protección se dedican el §22 KUG y el §12 BGB, respectivamente), en principio se podría postular su protección mediante esta cláusula que suple los vacíos dejados por el elenco típico de derechos. Sin embargo, ya es mayoritaria la doctrina que defiende que la voz no está protegida únicamente por el derecho general de la personalidad, que supondría un análisis que evaluase si la esfera de protección de la personalidad está afectada, sino que estamos ante un verdadero derecho especial de la personalidad, al igual que sucede con el nombre o la propia imagen⁸¹³. Entienden que la voz es un elemento de la personalidad claramente delimitable, por lo que se puede realizar un enfoque tipificado mediante el reconocimiento de un derecho especial, en donde el examen del objeto protegido recaerá solo en si la voz de la persona es reconocible o no⁸¹⁴. Lo justifican en el enorme potencial individualizador de la voz, que permite identificar a una persona sin necesidad de estar ante su figura física, razón por la cual determinadas voces tienen un alto valor comercial, normalmente basado en el prestigio alcanzado por artistas, deportistas, u otras figuras públicas⁸¹⁵. Por esta vía la doctrina estima que podría reclamarse no solo una indemnización por daños morales sino que también, basándose en la doctrina jurisprudencial sentada por el ya comentado *caso Marlene Dietrich*, una indemnización por los intereses patrimoniales, cuyo cálculo puede realizarse de tres maneras: (a) cuantificando el daño real causado por la intromisión; (b) por el valor de la licencia hipotética que se habría otorgado de haberse consentido la intromisión; o (c) por el valor de los beneficios obtenidos por el intromisor⁸¹⁶. Como veremos más adelante, realmente lo que se está permitiendo es, o bien interponer una acción de daños, o bien una acción recuperatoria (no propiamente

⁸¹³ SCHIERHOLZ (1998), p. 187, y ; OHLY / BEVERLEY-SMITH / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 118.

⁸¹⁴ SCHIERHOLZ (1998), p. 87.

⁸¹⁵ SCHIERHOLZ (2008), p. 301 y (2019), p. 324.

⁸¹⁶ El *caso Marlene Dietrich* (BGH, GRUR 2000, 709, 711), recordemos que fue de importancia capital en el Derecho alemán, por haber reconocido no solo que los derechos de la personalidad protegen intereses patrimoniales además de morales, sino que además se pueden transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular.

indemnizatoria, por tanto), admitiendo en este caso elegir entre el valor de la licencia o el de los beneficios obtenidos.

Por otra parte, la doctrina no niega que se pueda optar por la vía de considerar infringido el derecho general de la personalidad, en su faceta protectora de la dignidad, cuando por ejemplo el uso de una voz para la publicidad se hace sin el consentimiento de su titular, sugiriendo a los oyentes que aquel ha aceptado ese uso publicitario. Pero la indemnización por este concepto (daño a la dignidad mediante el uso de una voz ajena en la publicidad) se limitaría a los daños morales causados por dicha intromisión, no viendo plausible que además se reclame por daños patrimoniales⁸¹⁷. Por lo que la protección de la voz humana no se daría en su plenitud, ya que no se trata sólo de proteger la dignidad, el respeto y el derecho a la autodeterminación de cada persona, sino también de reconocer el contenido de atribución que corresponde a todo derecho especial de la personalidad⁸¹⁸.

Especial atención ha merecido en la doctrina alemana el estudio de las “imitaciones encubiertas de la voz” (*verdeckte Imitation der Stimme*), y las “imitaciones públicas de la voz” (*offene Imitation der Stimme*). Las primeras se han dado sobre todo en el ámbito publicitario y se consideran verdaderas intromisiones en el derecho a la voz del imitado, pues al no mostrarse públicamente la identidad del imitador, los intereses del titular de la voz imitada deben ser los únicos protegidos, puesto que son los que disponen de una fama, una fuerza de atracción que le otorga un valor patrimonial⁸¹⁹. En cuanto a las segundas, habrá que analizar el caso concreto ponderando meticulosamente los derechos a la libertad de expresión del imitador, por un lado, y el derecho a la voz del imitado, por el otro. En un esfuerzo por delimitar este supuesto del caso de imitación encubierta, la doctrina entiende que, a diferencia de esta, no se estaría empleando solo la voz en sí como poder de atracción, sino la fama en general del titular originario de la voz, pues el público es consciente de que está habiendo

⁸¹⁷ SCHIERHOLZ (2019), p. 325.

⁸¹⁸ SCHIERHOLZ (1998), p. 87.

⁸¹⁹ SCHWARZ/SCHIERHOLZ (1994), p. 737 y de nuevo en SCHIERHOLZ (2019), pp. 327-328.

una imitación. Una correcta ponderación de los derechos en juego permitirá aquellas imitaciones más artísticas, o las parodias, y también aquella publicidad con voces de personas conocidas por doblar a determinados actores extranjeros. No obstante, esta doctrina postula que se podría presentar algún caso en el que se colisionase con el derecho a la dignidad del actor original cuando además de la imitación de su voz apareciesen representados otros rasgos del actor⁸²⁰, postura que, aunque podría parecer en un primer momento un tanto forzada, no la debemos descartar. Efectivamente, el derecho general de la personalidad permitiría proteger supuestos en donde la infracción, aunque leve, de varios rasgos de la personalidad lleven a una infracción del derecho general de la personalidad. Incluso podríamos plantearnos qué sucedería si el imitado hubiese podido realizar él mismo el anuncio o la actuación en cuestión, caso en el que la doctrina –aunque insistiendo en la cautela con la que deben ser ponderados los intereses de las partes en estos casos–, sí ve plausible una vulneración del derecho a la voz del actor original, puesto que habría perdido una oportunidad comercial de uso de su voz⁸²¹.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, probablemente la única decisión alemana que protege expresamente la voz humana de la imitación es el conocido como caso *Heinz Erhardt*, en el que el Tribunal de apelación de Hamburgo estimó la pretensión de los herederos de este conocido cómico prohibiendo que se continuasen emitiendo anuncios radiofónicos en los que la voz del artista se había imitado de forma engañosa, incorporándose además expresiones típicas de él, por lo que se imitaba tanto su voz como su estilo artístico. El tribunal sostuvo que el caso era análogo a aquellos en los que se explotaba la imagen o el nombre de una persona de manera in consentida⁸²². En sentencias más recientes también se ha prohibido el uso de imitaciones de voces de personajes conocidos (concretamente las voces del presidente de la liga

⁸²⁰ SCHIERHOLZ (2019), p. 328.

⁸²¹ SCHIERHOLZ (2019), p. 328.

⁸²² *Caso Heinz Erhardt, Oberlandesgericht Hamburg GRUR* 1989, 666.

alemana de fútbol y de actores famosos) con propósitos publicitarios o políticos⁸²³.

2.1.4. *La doctrina francesa*

En 1966 un autor francés, IVAINER, sugirió, seguramente influenciado por lo discutido en el seno de la comisión de reforma del *Code*, que se completase el art. 162 del Anteproyecto de reforma –según el cual toda persona podía prohibir la publicación, la exposición o la utilización de su imagen – añadiéndose análoga protección para la voz: que toda persona pudiese prohibir, también “la grabación o el uso de su voz”⁸²⁴. Como vimos, aunque en las reuniones de los miembros de la comisión de codificación el tema de la protección de la voz como derecho de la personalidad saltó a la palestra fugazmente, finalmente se descartó⁸²⁵. Poco después la doctrina francesa afirmó que el derecho positivo protegía la “imagen sonora” al igual que la “imagen visual” y que la voz, como atributo de la personalidad, tenía su lugar en la jurisprudencia⁸²⁶.

La idea de imagen sonora será, desde entonces y hasta hoy, constante tanto en la doctrina como jurisprudencia francesa. En la jurisprudencia, se consagra con el conocido como caso *María Callas*, que como su nombre indica tiene como protagonista a la célebre cantante y, más concretamente, al rasgo más identificativo de su persona: su voz⁸²⁷.

⁸²³ Así, véanse las sentencias LG Berlin, de 23 de junio de 2005 (27 O 237/05, ZUM-RD 2005, 517) y OGH Wien, de 20 de marzo de 2003 (6 Ob 287/02b, Medien und Recht 2003, 92), respectivamente.

⁸²⁴ IVAINER (1966), p. 95.

⁸²⁵ Al respecto, *vid.* ap. 7.2, cap. I.

⁸²⁶ BÉCOURT (1969), p. 75, diciendo que las grabaciones clandestinas de la voz humana, como las de la imagen física, recogidas directamente o no, constituyen, por su carácter de toma de posesión de un elemento esencial de la personalidad, un ataque a la libertad individual, tanto más peligroso cuanto que permanecen en su mayoría secretas. Por lo tanto, es necesario limitar la libertad de difusión de las “imágenes sonoras”.

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 19 de mayo de 1982. Comentan esta sentencia GOBIN (1983), número 19955, y LINDON (1983), pp. 148-

Los hechos que dan lugar al caso son, en síntesis, los siguientes. En 1976, cuando ya llevaba dos años sin dar conciertos ni clases en la *Juilliard School* de Nueva York, María Callas decidió realizar, a puerta cerrada, unas pruebas de voz en el Teatro de los Campos Elíseos, a fin de comprobar si seguía manteniendo sus extraordinarias cualidades vocales⁸²⁸. El espacio en el que se realizó la grabación fue facilitado por Charles Vannes, secretario general del Teatro. Los ensayos no la satisficieron y María Callas renunció definitivamente a continuar su carrera escénica, no realizando ninguna grabación más hasta su muerte, el 16 de septiembre de 1977. Tres años después, el 31 de diciembre de 1980, una cadena de radio francesa reprodujo dichos pasajes, por lo que la madre y hermana de María Callas, en calidad de herederas, demandaron tanto a la cadena de radio como al secretario general del teatro, al estimar que dicha grabación y posterior difusión constituía una intromisión ilegítima en la vida artística de la cantante y un atentado grave a su memoria, por lo que pidieron una indemnización de 300.000 francos, la entrega de las grabaciones y la publicación posterior de la sentencia.

La radio demandada se defendió diciendo que los herederos solo disponían de acción de tutela de la memoria del fallecido cuando existiese un intento de dañar el honor o la reputación de dichos herederos, y que, en todo caso, la memoria de María Callas no se había dañado, pues el programa de radio era precisamente un elogio a su carrera y memoria, sin ningún tipo de explotación comercial.

Charles Vannes, por su parte, afirmó que la artista había autorizado la grabación, y que la misma constituía un precioso recuerdo que desmentía que la cantante hubiese perdido su voz. Además, consideraba que las herederas no estaban legitimadas en tanto que había habido autorización por parte de la artista para la realización de dicha grabación, por lo que no se había causado ningún daño, y reconviene

149. Un estudio más pormenorizado del caso se puede ver en AMMERMAN YEBRA (2018 A), pp. 253-267.

⁸²⁸ Los pasajes interpretados fueron “La Habanera” del *Carmen* de Bizet, y el aria “Ah, Perfido”, del Concierto op. 65 para soprano y orquesta de Beethoven.

solicitando una indemnización por los daños y perjuicios generados por la demanda.

Finalmente, el tribunal parisino da la razón a las herederas de la diva operística. Sostiene, por un lado, que los hechos vulneran la propiedad artística de la cantante y, por otro, que son constitutivos de responsabilidad civil por existir un atentado a su personalidad, debido a la grabación y difusión inconsentida de su voz. Así, del primer aspecto deja sentado que la difusión radiofónica de una grabación no autorizada es constitutivo de un ilícito en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, teniendo los herederos derecho a prohibir toda difusión y a la restitución de las grabaciones. La artista es quien decide los medios de explotación de su talento, y con más razón si se trata de una cantante de ópera que, dudando de la cualidad de su voz, expresa su deseo de cantar en secreto para decidir si retirarse o no de escena, por lo que cualquier otro uso de la grabación resultará abusivo. El tribunal destaca, como segundo aspecto, que la voz es un atributo de la personalidad, una suerte de imagen sonora donde la difusión, sin autorización expresa de su titular, es ilícita. La grabación que se pone en conocimiento del público muestra un comportamiento contrario a su vida privada, pues solo a la cantante pertenecía el derecho a conocer el estado de su voz.

Por lo tanto, en la sentencia se ordenó que se devolvieran las grabaciones a las herederas⁸²⁹, guardianas de la voluntad de la fallecida y con interés legítimo para actuar en la defensa de su memoria. Estableció que las interferencias en la vida privada de la cantante constituían daño moral y prohíben a la radio toda difusión de esta. No obstante, la indemnización que les concedió fue meramente simbólica, de un franco, pues se demostró que la grabación se emitió en un

⁸²⁹ Actualmente en la mayoría de los casos será ineficaz que se ordene la devolución de las grabaciones, pues la facilidad para hacer y guardar copias es tan grande que será imposible controlar que el que las poseyó ilícitamente no opte por guardar alguna. Esto ya lo ponía de relieve GOBIN (1983), p. 19955, cuando, aun calificando como “castigo severo” que el director del teatro tuviese que devolver las grabaciones de esa “preciosa memoria” de María Callas, podría haber copiado la grabación antes de entregarla.

contexto de elogio a la carrera de la cantante, con un fin cultural y sin el propósito de causar un daño.

En nuestra opinión, si bien la fundamentación jurídica de la sentencia la consideramos correcta, no sucede lo mismo con la conclusión a la que llega: por un lado, entenderíamos procedente la concesión de una indemnización de daños morales por haber utilizado sin consentimiento del titular una grabación de su voz, pues de lo contrario la propia voz, ya la cataloguemos como derecho de la personalidad, ya como su atributo merecedor de protección, quedaría vacío de contenido. Por ello, en este caso creemos que lo más sensato y acorde con el razonamiento del tribunal –que recordamos reconoce que la voz es una suerte de “imagen sonora” objeto de protección– habría sido conceder una indemnización a las herederas no meramente simbólica. Por otra parte, si la empresa radiofónica hubiese obtenido claros beneficios económicos con la reproducción de “La Habanera” y “Ah, Perfido” cantados por tan reputada soprano, estaría claro el derecho de las herederas a solicitar el enriquecimiento disfrutado por la empresa (otra cosa será delimitar el enriquecimiento que debe ser sustituido). De hecho, no nos parece tan patente que, como dice el tribunal, no se hayan obtenido tales beneficios, pues sin lugar a dudas los encargados de la emisión sabían qué voces podían prender mejor al oyente. Sobre estas dos cuestiones, relativas a las acciones posibles en caso de uso inconsentido de una voz, volveremos más adelante.

Por último y muy brevemente debemos dejar apuntado otro tema sobre el que, al igual que el anterior, tendremos ocasión de pronunciarnos en apartados venideros, y que la sentencia del caso María Callas no pasa por alto. Nos referimos a los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes y ejecutantes, y en especial a la posible confluencia del derecho a la propia voz con aquellos derechos que las diversas leyes de propiedad intelectual, tanto en nuestro ordenamiento como en el ámbito comparado, confieren a los artistas. No se tratará de un derecho de propiedad intelectual sobre una obra de la cual la voz puede ser un soporte, sino de una protección específica conferida a los artistas intérpretes o ejecutantes en el ámbito de la propiedad intelectual por constituir sus interpretaciones verdadera

creación intelectual derivada de la propia personalidad. Mientras que el autor tendrá derecho a que no se reproduzca su obra sin su autorización, los intérpretes y ejecutantes tendrán derecho a prohibir que se reproduzca esa versión concreta de la obra, que solo a ellos pertenece, e incluso, en ciertos casos, a que se imite de tal forma que confunda al oyente sobre su verdadero intérprete. Así, el tribunal parisino estimó también infringidos estos derechos que denomina de “propiedad artística” de María Callas, aunque tampoco parece que se haya concedido una indemnización por ello.

En lo que se refiere a la doctrina académica, la idea de la voz como imagen sonora es de la que parte el artículo capital de la profesora Danièle HUET-WEILER de 1982, “La protection juridique de la voix humaine”, aunque esta autora defenderá un derecho a la voz fuera de los límites a los que parece conferirse tal derecho con la expresión “imagen sonora”. Reconoce que, en un principio, podría pensarse que la protección de la voz solo la precisarán aquellos que, por su profesión, la utilizan a menudo (actores, cantantes, locutores de radio, e incluso abogados). Pero apuesta por considerarla una garantía indispensable para todos los ciudadanos. Distingue, por un lado, la protección que se otorga a la voz debido a las palabras pronunciadas, al contenido del mensaje⁸³⁰; y por otro, a lo que denomina “expresión vocal en estado puro”, la protección de la voz independientemente de lo que se diga con ella, sentido en el que únicamente se puede hablar de un propio derecho a la voz. Sobre el primero, someramente diremos que se refiere tanto a la protección otorgada a los autores y artistas, como a la prohibición penal del “espionaje mediante la audición” (que produce la conocida como revelación de secretos) como invasión al derecho a la intimidad. En ambos casos, insiste en que se trata de proteger las palabras pronunciadas y no la voz que las pronuncia⁸³¹.

En cuanto a la protección de la voz en sí misma, la autora cree que hasta entonces solo se ha estudiado en aquellos titulares de voces

⁸³⁰ Por otra parte, también se protege la grabación y transmisión de la voz sin consentimiento de su titular en el orden penal (artículo 226-1 del Código Penal francés).

⁸³¹ HUET-WEILLER (1982), pp. 499-506.

célebres o familiares para el gran público, y en todo caso con un fundamento teórico muy incierto⁸³². Únicamente se ha abordado por la jurisprudencia desde el más amplio ámbito de los derechos de los intérpretes sobre su actuación. Menciona, por ejemplo, el *caso Orane Demazis*, en el que el Tribunal Supremo francés afirmó el derecho de la artista a oponerse al uso de su interpretación distinto al autorizado por ella, en un caso en el que no se reclamaba ningún derecho sobre las letras de las películas que habían sido tomadas sin su consentimiento, sino una facultad negativa sobre la voz, la de impedir su uso no autorizado⁸³³.

En cuanto a las imitaciones, toma como referencia la sentencia de 1975 del *caso Claude Pieplu*, un comediante francés, en la que se declara la ilicitud de la imitación de la voz del cómico en un anuncio publicitario, pues se estaba tratando de confundir al público. La dicción y las inflexiones del anunciante reproducían fielmente las particularidades del habla de *Claude Pieplu*, por lo que se concede a este último una indemnización por un perjuicio moral (“en la medida en que los telespectadores podrían haber creído que estaba alabando las cualidades de un producto industrial cuando, en realidad, no había participado en esa publicidad”) y profesional (“pues rara vez participaba en publicidad, por lo que podría haber reclamado una elevada remuneración debido a su fama”), perjuicio este último de marcado carácter patrimonial⁸³⁴.

Poco después, en 1977, en el conocido como *caso Zitrone* (nombre de un presentador de televisión) el mismo tribunal estima que el uso con fines comerciales de la voz de un personaje fácilmente identificable en virtud de su fama y del carácter público de su actividad, grabada sin su consentimiento durante una conversación telefónica privada, constituye

⁸³² HUET-WEILLER (1982), p. 506.

⁸³³ Sentencia de la *Cour de cassation* de 30 de enero de 1974, recogida en *Bulletin des arrêts des chambres civiles* 1974, 1, num. 33, p. 28.

⁸³⁴ *Caso Claude Pieplu*, Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975, recogida en D. 1977, 211, con notas de LINDON, y citada en *Revue tr. Droit civil*, 1979, p. 380, con comentarios de NERSON y RUBELLIN-DEVICHI.

un ilícito, aunque basa su condena en un atentado a la “intimidad de la vida privada”⁸³⁵.

Lo que sí declaran ambas sentencias es que la voz es un atributo de la personalidad, razón por la que HUET-WEILLER se pregunta si no estamos ante una verdadera protección de la voz en sí misma considerada, que en su opinión alcanzaría a cualquier usurpación de una voz, sin necesidad de que su titular sea famoso. Tras descartar la protección ofrecida por las normas sobre propiedad intelectual, competencia desleal e incluso los principios generales de la responsabilidad civil (dado que en este último caso habría que probar la culpa y el perjuicio para declarar la intromisión⁸³⁶), opina que la mejor justificación de una genuina protección de la voz es aquella que la vincula con los derechos de la personalidad, mereciendo ser protegida por un verdadero derecho subjetivo⁸³⁷.

Por último, analiza su posible incardinación en algún otro derecho de la personalidad, como la vida privada o el derecho a la propia imagen. La primera la descarta, pues en ese caso se estaría protegiendo el contenido de lo dicho, no la propia voz⁸³⁸. En cuanto a la consideración de la voz dentro del derecho de imagen, como “imagen sonora” tampoco lo ve plausible, por cuanto el concepto de voz excede lo que tradicionalmente se ha catalogado como la imagen de una persona, que para la autora constituye más un signo externo de

⁸³⁵ *Caso Zitronne*, Tribunal de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977, recogida en D. 1977, 700, nota de LINDON y citada en *Revue tr. Droit civil*, 1979, p. 380, con comentarios de NERSON y RUBELLIN-DEVICHI.

⁸³⁶ En los comentarios de NERSON y RUBELLIN-DEVICHI (1979), p. 383, ya se sostenía que no era necesario cumplir con esas dos condiciones para la aplicabilidad de las normas sobre responsabilidad civil, pues la voz debía ser protegida como un atributo de la personalidad.

⁸³⁷ HUET-WEILLER (1982), pp. 509-511. Sobre el recurso a las normas de competencia desleal admite que se podrá dar en casos como el de *Plieplu*, en el que el anunciante pretendía aprovecharse del poder de atracción de la voz del cómico y confundiendo al público sobre su verdadero titular.

⁸³⁸ De la misma opinión son NERSON y RUBELLIN-DEVICHI (1979), p. 383, para quienes la grabación clandestina de la conversación telefónica del presentador *Zitronne* excedía la cualificación como atentado a la intimidad de la vida privada.

identificación que un atributo ligado más fuertemente con la personalidad como es la voz, debido a que esta puede ser perfeccionada y trabajada de acuerdo con la personalidad.

Por lo tanto, en opinión de esta autora, no considerar a la voz como derecho autónomo de la personalidad no es más que “buscar analogías más o menos engañosas”, y defiende una protección “sin artificios ni discriminaciones” –aunque admite que si la voz es conocida, deberá tenerse en cuenta a la hora de evaluar el daño sufrido–, de todos los aspectos de la personalidad, tanto de los que ya existe consenso desde hace tiempo, como de los que todavía se están empezando a tomarse en consideración, como sucede con la voz humana⁸³⁹.

Dos décadas después de este pormenorizado estudio en defensa de un derecho de la personalidad a la voz, nos encontramos con otra autora, Maria SENRA, que también dedica no pocas páginas a esta cuestión⁸⁴⁰. En su trabajo *“L’image de la voix: du droit de l’image sonore au droit de l’image vocale”*, empieza por distinguir claramente la voz de ese concepto de “imagen visual”, y que ve igual de justificable que la diferencia que se aprecia entre imagen e intimidad, tan frecuentemente confundidas en tiempos anteriores, y defiende la necesidad de un derecho autónomo a la propia voz⁸⁴¹.

Actualmente la doctrina francesa sigue en la línea de las dos autoras anteriores y no duda en incluir el derecho a la voz como uno más de los derechos de la personalidad, diciendo que responde a las mismas finalidades que el derecho a la imagen, impidiendo la grabación de la voz si no media consentimiento de su titular. Lo único que exigen es

⁸³⁹ HUET-WEILLER (1982), p. 512-513. La autora menciona como refrendo a su postura el art. 165 del proyecto de modificación del *Code civil* que disponía que todo ataque ilícito a la personalidad da derecho a la víctima a exigir que se ponga fin al mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda derivar para el autor del ilícito. La intención del legislador sería, por tanto, una protección integral de todos los aspectos de la personalidad.

⁸⁴⁰ SERNA (2002), pp. 243-331. Esta autora también ha estudiado los contratos que tienen por objeto la voz, que se dan fundamentalmente en el ámbito artístico y en el del doblaje. *Vid.* SERNA (1999), p. 4-8.

⁸⁴¹ SERNA (2002), pp. 243-331.

que la voz sea identificable, pues si no lo es la protección del derecho a la voz no sería “inmediata”, sino que habría que esperar a esa identificación. Se incluye también la protección sobre imitaciones in consentidas que creen riesgo de confusión⁸⁴².

La jurisprudencia parece que también se sigue mostrando proclive a considerar la voz como un atributo de la personalidad susceptible de protección mediante el art. 9 *Code civil*. La Sentencia de la Corte de apelación de Pau, de 22 de enero de 2001⁸⁴³ se pronuncia en este sentido, protegiéndose “en la medida en que una voz característica se pueda asociar a una persona identificable”⁸⁴⁴. Lo cierto es que, en este caso, aún habiéndose realizado tal aseveración, no se concede la indemnización solicitada por entenderse que la titular de la voz no se podía asociar indefectiblemente con la voz grabada (se trataba de una frase en la que se la oía gritar de pánico durante las maniobras de un avión que evitó milagrosamente un fatal accidente). La mala calidad de la grabación y la falta de asociación de la voz a un nombre o imagen impedían tal identificación⁸⁴⁵.

Cabría preguntarse, no obstante, qué habría pasado si en vez de la voz fuese la imagen lo que apareciese “difuminado”, e incluso cabría argüir que llegaría con la identificación de esa voz por parte de

⁸⁴² HASSLER (2014), p. 2; BATTEUR (2015), p. 92; BRUGUIÈRE (2016), pp. 1-24; TREBES (2019), p. 1239. Por su parte, OHLY / BEVERLEY-SMITH Y LUCAS-SCHOLETTER (2005), p. 168, estiman que la voz es merecedora de protección, aunque no ven tan claro que exista un genuino y autónomo derecho a la propia voz.

⁸⁴³ Caso “voz en avión”, Corte de Apelación de Pau, 22 de enero de 2001, num. 99/00051, D. 2002, 2375, comentada por LEPAGE.

⁸⁴⁴ Aunque la sentencia sea desestimatoria de la petición, lo cierto es que incluso el sumario que aparece en las bases de jurisprudencia se refiere únicamente a que “*La voix constitue l'un des attributs de la personnalité et peut bénéficier de la protection instituée par l'art. 9 c. civ., dans la mesure où une voix caractéristique peut être rattachée à une personne identifiable*”.

⁸⁴⁵ Además, el tribunal arguye que se trataba de la emisión de un programa en el que, muchos años después de ese “accidente frustrado”, se mostraban diversas secuencias, siendo esta de la actora muy breve; tampoco tenía el reportaje una intención sensacionalista, sino que trataba el tema con rigor; y por último entienden que la mujer podría haberse abstenido de ver un programa que le haría revivir momentos traumáticos, pues estaba anunciada su emisión.

familiares y amigos que sí fuesen capaces de reconocer que era la de ella, algo que nos recuerda la sentencia de la Corte de apelación de París, de 5 de noviembre de 1992⁸⁴⁶. Por otra parte, en estos dos casos queda claro que la protección de la voz no concierne solo a aquellas personas cuya notoriedad los hace fácilmente identificables por un gran número de oyentes, pues se trata de la voz de personas anónimas. Como nos recuerda la doctrina, esta evolución, al igual que la “emancipación” del derecho al respeto de la vida privada, ya se vio en términos de imagen⁸⁴⁷, por lo que, de dudarse que el derecho a la voz sea un derecho de la personalidad autónomo, puede ser cuestión de tiempo que se reconozca como tal⁸⁴⁸.

2.1.5. *La doctrina estadounidense*

La protección de la voz en el ordenamiento estadounidense ha sido constante desde aproximadamente la mitad del siglo XX, aunque no homogéneo ni en lo que se refiere a las bases sobre las que se asienta, ni se ha dado por igual en todos los Estados⁸⁴⁹. Actualmente se recoge expresamente la protección de la voz como rasgo identificativo de las personas en las leyes de catorce Estados, aunque habrá otros en los que se haya reconocido vía jurisprudencial, y otros en los que no se reconozca de ninguna manera⁸⁵⁰. Normalmente se encuadrará en la

⁸⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelación de París, 1ª cámara, de 2 de noviembre de 1992, en la que una trabajadora sexual dio una entrevista en una cadena de televisión, a condición de que no pudiese ser identificada. Su rostro se ocultó, pero no se alteró su voz, por lo que se le concedió esta medida en un procedimiento sumario para que sus familiares no pudieran descubrir su vida privada. En este caso la voz se inserta en el más amplio derecho a la privacidad o intimidad personal.

⁸⁴⁷ LEPAGE / MARINO / BIGOT (2007), p. 2375; TREBES (2019), p. 1239.

⁸⁴⁸ La Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 14ª cámara, de 12 de enero de 2005 (núm. 4/15706), considera que la voz, como atributo de la personalidad, solo es ilícito su uso si a la vez constituye un atentado a la vida privada.

⁸⁴⁹ Para una rápida y actualizada visualización del *right of publicity* y *right of privacy* de cada Estado, consúltese la página web <https://www.rightofpublicityroadmap.com/>, elaborada por la profesora J. ROTHMAN, experta en el tema. Muy ilustrativamente describen los abogados especialistas en el *right of publicity* que la defensa de este derecho exige navegar con cuidado a través del “*nationwide patchwork of conflicting state laws*”. PELES (2010), p. 352.

⁸⁵⁰ Actualmente, la protección de la voz se recoge expresamente en leyes de los Estados de Alabama, Arkansas, California, Hawaii, Illinois, Indiana, Nevada, New

figura del *right of publicity*, protectora del valor comercial de los rasgos identitarios de las personas, pero a veces también podremos encontrar protección de la voz dentro del *right of privacy*. Y es que, aunque normalmente se configura el *right of privacy* como aquel derecho que protege los valores morales de la personalidad, lo cierto es que varios Estados engloban en él también su faceta comercial⁸⁵¹. Por ejemplo, en el Estado de Nueva York, la ley que regula los atentados a la privacidad también incluye en la acción civil la prohibición de toda apropiación comercial o publicitaria por terceros de los rasgos que queden protegidos por su *right of privacy*, señaladamente, el nombre, la imagen, el retrato o la voz⁸⁵².

MCCARTHY, autor de la fundamental obra en el derecho estadounidense *The Rights of Publicity and Privacy*⁸⁵³, es un fiel

York, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Dakota, Texas y Washington. En otros como Michigan, en donde hay un reconocimiento tanto del *right of publicity* como del *right of privacy* por medio del *common law*, por ahora no se protege la voz, al menos no cuando esta no posee un “carácter distintivo”, como se dejó sentado en el caso *Romantics v. Activision Pub., Inc.*, 574 F.Supp.2d 758 (E.D. Mich. 2008). Tampoco en Massachussetts se recoge la protección de la voz en la secc. 3a, capítulo 214, de sus *General Laws*.

⁸⁵¹ En el Estado de Montana, por ejemplo, se reconoce un *common law right of privacy* que protege frente a usos in consentidos del nombre o imagen de las personas para fines publicitarios. Véanse los casos *Welsh v. Pritchard*, 241 P.2d 816 (Mont. 1952) y *Gilham v. Burlington N., Inc.*, 514 F.2d 660 (9th Cir. 1975).

⁸⁵² Debemos puntualizar que el § 50 de la *New York Civil Rights Law* contiene tanto la acción civil como la penal contra el uso in consentido del nombre, imagen o retrato de cualquier persona viva, utilizada para fines publicitarios o comerciales (“§50: *Right of privacy. A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor*”). En el §51 se detalla que la acción civil revista en este artículo (“*action for injunction and for damages*”) protege, además de a los anteriores atributos, también a la voz (“*Any person whose name, portrait, picture or voice is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent (...)*”).

⁸⁵³ La primera versión de este extenso tratado de MCCARTHY *The Rights of Publicity and Privacy* fue publicada en 1987, pero actualmente siguen realizándose revisiones anuales. Nosotros hemos consultado la de 2018. Con anterioridad a este tratado, para una primera aproximación clásica a la historia del *right of privacy*, vid. PROSSER

defensor de la protección de la voz como derecho. En este sentido, considera la voz como un rasgo susceptible de identificar a las personas y que por tanto merece protección vía *right of publicity*. Entiende que no hay una razón por la cual el público no pueda identificar a una persona “con el oído al igual que con los ojos”, pues el anunciante que utiliza una imitación de la voz de un famoso está afectando por igual a la personalidad del famoso que si estuviese usando su imagen⁸⁵⁴. En los casos de imitación de las interpretaciones de artistas que ya están previamente fijadas, este autor entiende que no debe primar la doctrina de la “*preemption*”, que supondría la aplicación de las normas federales sobre *copyright*, dejando sin efecto las normas estatales, así como el *common law*, relativo a los derechos de la personalidad. Para él, se trata de casos en los que, dándose el requisito de la identificabilidad de la voz, no se violan los derechos de *copyright* precisamente porque estamos ante una imitación, y no ante una reproducción de la grabación protegida por el derecho de *copyright*⁸⁵⁵.

En general, la doctrina estadounidense, seguramente debido al reconocimiento legal y jurisprudencial de la voz como un rasgo identitario más, no ha visto inconveniente en incluirlo dentro del catálogo de rasgos protegidos, en general, por el *right of publicity* (o *right of privacy*, según vimos). En el hipotético caso de que en el futuro se adoptase una regulación federal del *right of publicity* (ciertamente improbable, aunque es una opción que se han planteado no pocos autores⁸⁵⁶), la voz sería sin duda uno de los rasgos a incluir, en igualdad de condiciones al nombre o imagen.

Aunque se trate de un sistema de *common law* diferente al nuestro en muchos aspectos, la casuística y las acciones utilizadas pueden contribuir a perfilar nuestra posterior configuración del derecho a la voz

(1977), pp. 802-804; para una visión más crítica con la historia tanto del *right to privacy* como del *right of publicity*, vid. ROTHMAN (2018 A), pp. 11-112.

⁸⁵⁴ MCCARTHY (2018), p. 338, opinión no compartida por GAINES (1991), p. 107.

⁸⁵⁵ MCCARTHY (2018), § 11:53.

⁸⁵⁶ Entre otros, CASH (2010), pp. 228-232; ROTHMAN (2018 A), pp. 182-183, aunque antes reticente, ahora se muestra más proclive a adoptar una ley federal de *right of publicity* que acabe con el caos creado por las leyes estatales.

en España, por lo que consideramos importante su estudio. Como veremos, la jurisprudencia acudirá en las primeras sentencias a su protección por vía de las acciones por difamación y por competencia desleal, y en una segunda ya se decantará por la protección otorgada por el *right of publicity*. No obstante, todos los casos se referirán a imitaciones de voces reconocibles (por pertenecer a cómicos, cantantes o artistas en general) que se utilizarán para publicitar productos cuando las empresas anunciantes no consiguen que dichos artistas se presten a realizarlos. Así, mediante lo que se denomina una voz “*sound alike*”, las empresas conseguirán que los oyentes creen erróneamente que están escuchando a la *celebrity*, logrando una publicidad más atractiva debido a la fama del imitado.

2.1.5.1. *El caso Bert Lahr*

En el caso Bert Lahr⁸⁵⁷ (1962) el conocido cómico estadounidense demandó a una compañía de productos de limpieza que utilizó en su publicidad, y sin su consentimiento, un dibujo animado que imitaba la especial y distintiva voz que él solía utilizar en sus espectáculos y que lo identificaba (ya que era una “original combinación del tono de voz con diversas inflexiones, acentos y sonidos cómicos”⁸⁵⁸). Las acciones que interpuso fueron por invasión de la privacidad (*right of privacy*), difamación y competencia desleal. Si bien el Tribunal de Nueva York entendió que no se estaba vulnerando su *right of privacy*, pues la ley neoyorquina solo impedía, por aquel entonces, el uso comercial inconsentido del nombre, retrato o imagen de una persona⁸⁵⁹, sí que admitió que podrían prosperar las acciones por difamación –pues había

⁸⁵⁷ *Bert Lahr v. Adell Chemical Co.*, 300 F.2d 256 (1st Cir., 1962), *Caso Bert Lahr*.

⁸⁵⁸ *Caso Bert Lahr*, p. 257.

⁸⁵⁹ Como hemos visto, hoy el § 51 *N.Y. Civ. Rights Law* ya recoge la voz como rasgo de la identidad merecedor de protección cuando se usa, sin consentimiento, para fines publicitarios o comerciales. La protección a la voz se incluyó mediante una enmienda en 1995 mediante la 1995 *N.Y. Laws* 674, § 1, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1995. Con anterioridad, se había negado protección a un actor cuya voz fue imitada en un anuncio porque la ley no contemplaba este rasgo de la personalidad, *Maxwell v. N.W. Ayer, Inc.*, 159 Misc. 2d 454, 605 N.Y.S.2d 174, 3 A.D. Cas. (BNA) 736 (*Sup* 1993), citada por MCCARTHY (2018), § 6:89.

un daño a su reputación profesional⁸⁶⁰—, y por competencia desleal. La primera de ellas por considerarse difamatorio el hacer un anuncio publicitario en el que, mediante la imitación de la voz del actor, se diese a entender al público que aquel se había rebajado por debajo del tipo de entretenimiento que solía hacer⁸⁶¹. En este sentido, la asociación “sonora” con el cómico no hace la imitación menos difamatoria a como lo haría una imagen o la indicación de su nombre⁸⁶². Y la segunda, por generar, con la imitación, confusión sobre la verdadera identidad de la persona que protagonizaba el anuncio. Aunque no se tratase de un mismo mercado el del cómico y el del producto de limpieza, la empresa demandada podría haber saturado la audiencia del artista hasta el punto de restringir su mercado, pues ningún artista dispone de una demanda de público ilimitada⁸⁶³. En definitiva, esta sentencia dejó abierta la puerta a posteriores reclamaciones sobre usos in consentidos de la voz, que no tardaron en llegar.

2.1.5.2. *El Caso Nancy Sinatra*

En 1970 la conocida actriz y cantante Nancy Sinatra demandó a la compañía *Goodyear* por el uso de una imitación sonora de su canción “Theese boots are made for walking” que se había hecho en un anuncio de radio y televisión para las llantas de automóviles “Wide Boots”⁸⁶⁴. Lo cierto es que la empresa había intentado, sin éxito, que fuese la propia cantante quien protagonizase el anuncio. Ante su negativa, contrató a alguien que imitase su voz y estilo.

Quizá debido al precedente dejado por el caso *Bert Lahr*, la cantante optó por la vía de la competencia desleal y no la del *right to privacy/publicity*. Aunque el tribunal en este caso sí que admitirá un

⁸⁶⁰ Según PROSSER (1977), p. 737, la difamación está compuesta por los *torts* “gemelos” de *libel* y *slander*, generalmente el primero una ofensa escrita, y el segundo oral. En ambos, la difamación es una invasión del derecho sobre la reputación y el buen nombre, similar a lo que aquí consideraríamos una intromisión en el derecho al honor *ex. art.* 7.7 LO 1/1982.

⁸⁶¹ PROSSER (1977), p. 741.

⁸⁶² *Caso Bert Lahr*, pp. 258-259.

⁸⁶³ *Caso Bert Lahr*, p. 259.

⁸⁶⁴ *Nancy Sinatra v. Goodyear Tire and Rubber Co.*, 435 F. 2d 711 (9th Cir. 1970), *Caso Sinatra*.

principio de “identificación por la voz”, finalmente considerará que el estilo de la cantante no es lo suficientemente característico como para otorgarle protección. Además, dice el tribunal que en el caso *Bert Lahr* (al igual que en el caso *Sim v. Heinz*, que veremos al hablar del derecho inglés⁸⁶⁵) no se trataba de un material sonoro sobre el que los demandados tuviesen un derecho de *copyright*, sino que reclamaban un “*secondary meaning*” sobre un sonido puro, sobre su característica voz⁸⁶⁶. En cambio, en el caso *Sinatra* no solo estamos ante una canción cuyos derechos de *copyright* ostentaban los demandados –y por cuya licencia habían pagado una cuantiosa suma–, sino que además la demanda no se dirige a proteger únicamente el sonido de su voz, sino cuando esta se encuentra conectada con una determinada música y letra. Es por ello que el tribunal ve dudoso que su voz sea identificable en caso de que no estuviese inserta en dicha canción. En definitiva, entiende que la cantante tendría que haber demandado al titular del *copyright* sobre la canción “Theese boots...”, ya que ninguna acción ostentaba contra la empresa titular del anuncio, pues prevalecían los derechos de *copyright* que esta tenía sobre su canción.

Aunque no se diga explícitamente, lo que se está aplicando en esta sentencia es la doctrina estadounidense de la *preemption*: cuando hay una ley federal (en este caso la *Copyright Law*) que prevalece sobre otras normas que pueda tener un determinado Estado y que concedan derechos (véase el *right of publicity*) que entren en colisión con aquellos reconocidos en la ley federal, las estatales no son aplicables⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ En alguna ocasión la doctrina jurisprudencial de EEUU cita casos ingleses como sustento de una determinada postura, lo que se explica por la herencia del *common law* inglés; pero no se citan como vinculantes, sino como reflejo de las doctrinas compartidas entre ambos países.

⁸⁶⁶ *Caso Sinatra*, p. 716.

⁸⁶⁷ Para una correcta comprensión del fenómeno de la *preemption* aplicado al *right of publicity* véase COTTER / DMITRIEVA (2010), *passim*. Parte de la doctrina estadounidense ha criticado que los tribunales no apliquen más esta figura de la *preemption*, opinando que están dejando “crecer demasiado” el *right of publicity*, lo que genera, entre otras cosas, que se coarte la libertad de expresión reconocida en la primera enmienda. Así, *vid.* TUSHNET (2017), *passim*. También ROTHMAN (2018 A), pp. 160-179 se muestra crítica con esta expansión del *right of publicity*, si bien matiza

2.1.5.3. *El caso Bette Midler*

El definitivo cambio de tendencia no se produjo hasta la sentencia del caso Bette Midler⁸⁶⁸. Los hechos son parecidos al caso anterior, pues de nuevo la artista rechaza la oferta de una empresa, en este caso la automovilística Ford, para cantar en un anuncio, por lo que la entidad decide contratar a alguien que la imite. Pero en esta sentencia, el tribunal de apelación californiano asienta la tesis de que cuando la voz distintiva de un cantante es ampliamente conocida, y se utiliza deliberadamente para vender un producto sin su consentimiento, se está infringiendo el *right of publicity* de la cantante.

Lo cierto es que los argumentos dados en el *caso Bette Midler* son un tanto sorprendentes teniendo en cuenta la sentencia precedente, pues de nuevo la empresa contaba con una licencia para utilizar la canción “Do You Want to Dance?”, de Midler, por lo que la doctrina de la *preemption* podría haber operado de igual manera. La misma sentencia recoge que el Derecho de *copyright* federal “prevalece” (*preempts*) gran parte de la materia sobre uso inconsentido de la identidad de las personas, citando el 17 U.S.C.A. § 114(b), según el cual la mera imitación de una interpretación grabada no supone una infracción del *copyright*, por mucho que un intérprete intente plasmar lo más fielmente posible su actuación a la grabada. Pero la diferencia, según el tribunal, es que la demandante, Bette Midler, fundamenta su reclamación en una acción de daños bajo la normativa californiana por uso inconsentido de su *sound-alike*. No está reclamando por el uso de la obra, sino por el de su voz, y según el tribunal, “la voz no puede ser objeto de *copyright*”, pues los sonidos no están fijados en el sentido legal del término, y lo que se protege es por tanto más personal que cualquier obra del ingenio⁸⁶⁹.

que el derecho de *copyright* no debería frenar demandas por infracción del *right of publicity* por el mero hecho de que el uso de un atributo de la personalidad aparezca en una obra protegida, pues el consentimiento para utilizarse en un contexto no tiene por qué extenderse a cualquier otro contexto.

⁸⁶⁸ *Bette Midler v. Ford Motor Company*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

⁸⁶⁹ *Caso Bette Midler*, p. 462.

El tribunal no considera que cualquier imitación de la voz de una persona en un anuncio pueda ser ilícita, sino solo la de aquellas voces que sean distintivas. Y el criterio que utiliza para cuantificar el valor de uso de esa voz es “la cantidad que se habría pagado en el mercado si fuese la propia Bette Midler la que cantase”⁸⁷⁰. Es decir, que está utilizando el criterio de la licencia hipotética, que veremos más adelante.

Por otra parte, sorprendentemente no consideran los magistrados infringida la § 3344 del Código civil de California, precepto que recoge el *right of privacy* en este Estado al conceder una indemnización de daños a quien sufra el uso, en cualquier forma y por parte de un tercero no autorizado, de su nombre, voz, firma o imagen⁸⁷¹. No lo ve aplicable por entender que la voz utilizada por el anunciante no era, realmente, la de Bette Midler, aunque desde nuestro punto de vista la imitación sí debería entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. Lo que sí se considera infringido es el *common law* de California, que a su vez protege todos estos atributos de la personalidad de forma cumulativa a como lo hace el derecho estatal, por lo que la apropiación inconsentida sí que constituye un *tort* en California, concretamente el de *misappropriation*, que es finalmente por lo que le concede la cuantiosa indemnización a la cantante⁸⁷². Añade que, si la demandante hubiese accionado con base en el derecho de competencia desleal, su reclamación no habría prosperado, pues ella no actuaba en el mismo mercado que los demandados, no había “competencia en sentido estricto”, pues ni ella realizaba anuncios televisivos, ni la empresa Ford se dedicaba a la industria artística.

En definitiva, consideramos que el caso *Bette Midler* es importante por realizar afirmaciones como que la voz es tan distintiva y personal como el rostro, que es una de las manifestaciones más palpables de la

⁸⁷⁰ Caso *Bette Midler*, p. 463.

⁸⁷¹ Dentro de nuestro concepto de imagen entrarían tanto los términos “*photograph*” como “*likeness*” recogidos en este precepto.

⁸⁷² La novedad de esta sentencia es el reconocimiento del específico “*voice misappropriation*” como un *tort* en California.

identidad de una persona, o que imitar la voz con propósitos comerciales es como piratear la identidad de una persona.

2.1.5.4. *El caso Tom Waits (1992)*

Por último, la sentencia que más se detiene en el análisis de las apropiaciones indebidas de voces conocidas es una cuyo protagonista es el cantante Tom Waits. Con parecidos hechos a los casos anteriores, en el caso *Tom Waits v. Frito-Lay; Tracy-Locke*, de 1992, el tribunal norteamericano sentenció que el *right of publicity* de Tom Waits había sido vulnerado porque solo a él correspondía el control del uso de su identidad, que en este caso aparecía encarnada a través de su voz⁸⁷³.

Debemos destacar, en primer lugar, dos hechos determinantes en este caso: el primero, que se trató de una imitación de la voz del cantante, pero no de una canción en concreto, por lo que en principio la doctrina de la *preemption* se evitaría al no verse vulnerados derechos del titular del *copyright* sobre la canción. El segundo, que el cantante Tom Waits es conocido por su constante rechazo a realizar publicidad, no solo constatado por el hecho de que, efectivamente, no la realiza, sino porque en numerosas entrevistas ha manifestado su total oposición a que los músicos realicen cualquier tipo de anuncios comerciales, pues según su opinión ello resta importancia a su integridad como artistas. Las dos empresas demandadas (compañía alimenticia y agencia publicitaria) eran conocedoras de esta filosofía del músico, e incluso se llegan a plantear, previamente al lanzamiento del anuncio, la posibilidad de que el músico les demande, caso en el que acuerdan que la agencia publicitaria indemnizará a la empresa alimenticia⁸⁷⁴.

Como era previsible, así sucede, y en primera instancia se concede, por un lado, una indemnización por el *tort* de apropiación indebida de la voz (que incluye un concepto resarcitorio y otro punitivo de los

⁸⁷³ *Tom Waits v. Frito Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir., 1992), *Caso Tom Waits (1992)*.

⁸⁷⁴ La empresa publicitaria, Tracy-Locke, hizo una versión alternativa del anuncio con otro cantante que imitase “peor” a Tom Waits de lo que lo hacía Stephen Carter (declarado fan de Waits y conocido por sus cercanas imitaciones, motivo por el que había sido elegido para poner voz al anuncio que finalmente salió a la luz).

daños), y por otro una indemnización por violación de la *Lanham Act*⁸⁷⁵. Tras el recurso de ambas empresas, la corte de apelaciones de California dicta una pormenorizada sentencia en la que analiza estas dos acciones que, ya adelantamos, entiende que se refieren a un mismo objeto, por lo que negará la aplicación de la segunda.

Sobre el *tort* de *voice misappropriation*, partiendo del caso Bette Midler, el tribunal dirá que la doctrina sentada en él sigue vigente, dado que el caso cumple con los dos elementos necesarios para considerar aplicable dicho *tort*: (1) ha habido una imitación deliberada de la voz de Tom Waits, y (2) su voz es suficientemente distintiva y ampliamente conocida como para concederle un derecho que proteja frente a su uso inconsciente⁸⁷⁶. Además, analiza las instrucciones dadas al jurado popular que determinó, en primera instancia, la aplicabilidad de dicho *tort*, y que en síntesis concluyó que lo protegido era la voz, no el estilo de Tom Waits (estilo que no está protegido por este *tort*⁸⁷⁷); que la voz era distintiva por presentar unas particulares cualidades que identificaban al cantante (negando el argumento de los recurrentes, que defendían la diferencia entre “identificación” y “distintividad”, y definiendo “distintivo” según el parecer de personas al uso –sin necesidad de que sean expertos en teoría musical– que determinen el umbral mínimo de identificación que debe tener el rasgo para que entren en juego las acciones de *right of publicity/privacy*); y que la voz era conocida por un público muy amplio (cosa que los demandados negaban, diciendo que su popularidad era menor que la de Bette Midler, argumento que refuta el tribunal no solo por entender que Waits sí era suficientemente conocido, sino porque de lo contrario significaría negar toda protección a cantantes menos conocidos, circunstancia que solo puede tenerse en cuenta a los efectos del *quantum* indemnizatorio, pues

⁸⁷⁵ *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1098.

⁸⁷⁶ *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1100.

⁸⁷⁷ El concepto de “estilo” lo definen como “el método o la manera de cantar la canción, de presentar la música y expresar las palabras en una canción. Incluye el estado de ánimo, el fraseo y el tempo, si se utiliza un tono alto o bajo de voz, si se canta, habla o se combinan ambos registros”. *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1101, en nota.

generalmente “a mayor fama de la identidad apropiada, mayor daño económico sufrido”)⁸⁷⁸.

Precisamente el siguiente punto a analizar por el tribunal dentro del *tort de voice misappropriation* es la indemnización de daños derivada del mismo, que en primera instancia fue concedida por tres conceptos: 100.000 \$ por el valor de su voz en el mercado, 200.000 \$ por daño a su “tranquilidad, felicidad y sentimientos”, y 75.000 \$ por daño a su buen nombre, a su reputación profesional y a su futuro valor publicitario. La corte de apelación refuta pormenorizadamente los argumentos dados por los recurrentes en contra de estos conceptos. Así, el tribunal hace una afirmación de suma importancia: que la acción por infracción del *right of publicity* comprende tanto los daños económicos como los morales (lo que llaman “*mental distress damages*”), pues aun admitiendo que muchas veces la naturaleza de la intromisión tendrá un carácter esencialmente patrimonial, ello no obsta a que no se pueda reconocer, paralelamente, una indemnización por el sufrimiento causado al titular de, en este caso, la voz. Y el tribunal ve probada la vergüenza y humillación que sufrió el cantante al verse asociado a un anuncio publicitario, sentimiento acrecentado por la supuesta hipocresía que muchos oyentes le reputarían al creer que quien reiteradamente se había opuesto en público a que los artistas participasen en publicidad, finalmente había actuado en contra de sus principios⁸⁷⁹.

También entiende probado un daño a su reputación profesional, negando los argumentos de la defensa –para quienes la carrera profesional de Tom Waits no había sufrido ningún menoscabo. Partiendo de los principios generales del Derecho de daños, estiman cierto un daño a su reputación no solo por haber creado en el público la impresión de que el cantante era un hipócrita por anunciar el producto, sino también por dañar su reputación artística, en la que su personalidad y carácter siempre se habían mantenido al margen de publicitar nada, y

⁸⁷⁸ *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1102.

⁸⁷⁹ *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1103.

por la pérdida del valor comercial de su identidad en el futuro, que el tribunal estima que se podría ver rebajada entre 50.000 \$ y 150.000 \$.

El último aspecto analizado por el tribunal respecto al *tort* de apropiación indebida de la voz fue el relativo a la indemnización de los daños punitivos, permitido por el §3294(a) del CC de California cuando quede probado que se ha actuado fraudulentamente o con dolo, “con claro menosprecio a los derechos en cuestión”. Aunque los demandados insisten en la incertidumbre de los derechos que infringían (dado que el caso *Bette Midler* se había sentenciado tres meses antes de la conducta enjuiciada), el tribunal les reprocha que conocían perfectamente el derecho aplicable en California, pues “al menos en este Estado [del que Tom Waits es residente], aquel cantante que posea una voz distintiva ostenta un derecho de propiedad sobre tal voz”. Y los demandados conocían perfectamente la política seguida por Waits sobre no prestarse para anuncios, por lo que el dolo quedaba probado.

Por último, la segunda acción interpuesta por el cantante fue aquella basada en la §43(a) de la *Lanham Act* (hoy codificado en el §15 U.S.C. §1125(a))⁸⁸⁰. Aunque esta ley pertenece a la regulación sobre marcas, que es a nivel federal, contiene, entre otras prohibiciones, aquella sobre el uso de afirmaciones falsas acerca del origen de los productos o de sus “patrocinadores”. Dentro de estos patrocinadores, los tribunales vienen entendiendo englobados aquellos usos de los signos distintivos de las personas famosas, como puede ser la voz⁸⁸¹. El tribunal tratará como “marca profesional” a la voz de Tom Waits, al hilo de la argumentación sobre la legitimación para interponer la acción⁸⁸². Así, según Waits, el uso de una imitación de su distintiva voz constituía una falsa “asociación” (afirmación, *false endorsement*) de su persona con el

⁸⁸⁰ §15 U.S.C. §1125(a) Se puede consultar en la siguiente dirección: <https://www.bitlaw.com/source/15usc/1125.html> [Fecha de última consulta: 02/02/2020]

⁸⁸¹ MURRAY (2018), pp. 105-106.

⁸⁸² “...*his standing was sufficiently established by the likelihood that the wrongful use of his professional trademark, his unique voice, would injure him commercially*”. Caso *Tom Waits* (1992), p. 1110.

producto anunciado⁸⁸³. Y así lo entendió también el tribunal, que vio en el uso inconsentido de la identidad del cantante una afirmación falsa, ya que se alegaba el uso indebido de un símbolo, como es la imagen, o la imitación vocal, o cualquier otra característica distintiva de la persona, que pudiese confundir a los consumidores acerca de la participación del cantante en el anuncio⁸⁸⁴. No obstante, finalmente no le conceden una indemnización en base a esta ley, pues se trataba de daños que ya habían sido valorados con el *tort* de apropiación indebida de la voz⁸⁸⁵.

2.1.6. *Otra doctrina comparada*

En Suíza, el original art. 28 de su Código civil fue modificado en 1983 así como en posteriores reformas que fueron añadiendo apartados para garantizar una protección eficaz de la personalidad. Así, fueron incluyéndose nuevas previsiones en lo que respecta, por ejemplo, a las acciones de cesación o de reparación del daño. En la actualidad, el art. 28 sostiene que quien sufra un atentado ilícito contra su personalidad podrá protegerse frente al infractor, y que tal intromisión será ilícita salvo que esté consentida por la víctima, prevalezca un interés privado o público superior, o esté permitida por la ley. En lo que aquí nos interesa, destacamos que la doctrina, cuando clasifica los derechos de la personalidad protegidos por el art. 28, no duda en reconocer el derecho a la voz como uno más⁸⁸⁶. Al igual que sucede con la imagen, la doctrina recuerda que estamos ante derechos autónomos que, aunque pueden aparecer englobados en ocasiones en otros derechos (especialmente intimidad y honor), se protegen en sí mismos: el titular

⁸⁸³ El Tribunal admite que es la primera vez que analiza si esta “falsa asociación” puede ampararse en la prohibición de la §43(a) Lanham Act, pues en un caso anterior habían declinado pronunciarse sobre ello y basar su decisión en el derecho estatal sobre competencia desleal. Pero en otros tribunales de apelación (véase el del 5º Circuito), sí se ha interpretado el precepto en el sentido de prohibir las falsas asociaciones. *Caso Tom Waits* (1992), p. 1106.

⁸⁸⁴ En lo que se refiere a la legitimación para interponer esta acción, el tribunal no requiere que se trate de un competidor en sentido estricto, es decir, que actúe en el mismo nicho de mercado, pues en las asociaciones falsas rara vez aquel al que se asocia el producto pertenece a la esfera del mercado en la que actúa el intromisor.

⁸⁸⁵ *Caso Tom Waits* (1992), p. 1111.

⁸⁸⁶ JEANDIN (2010), p. 256.

de la voz puede oponerse a su uso inconscntido, o a un uso fuera de los límites consntidos. La protección no sólo se refiere a la usurpación, sino también y sobre todo a la desnaturalización o explotación abusiva (comercial, publicitaria o política)⁸⁸⁷.

También en Bélgica parece aceptarse la idea de un derecho a la voz autónomo, que confiere a su titular la facultad de impedir toda grabación y distribución de su voz, independientemente del contenido expresado a través de ella. Este derecho incluiría, además, las imitaciones inconscntidas de la voz que se hiciesen con fines comerciales, especialmente cuando se use el engaño para confundir al espectador sobre la titularidad de esa voz⁸⁸⁸.

Por último, como hemos indicado, diversos Códigos civiles latinoamericanos contienen una protección de la voz a la par que protegen la imagen⁸⁸⁹. En otros ordenamientos como el inglés, no parece clara la protección de la voz, aunque a través de la labor de los tribunales sí se la han llegado a plantear⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ TERCIER (1984), p. 66; JEANDIN (2010), p. 256. *Caso Tom Waits (1992)*, p. 1107.

⁸⁸⁸ RIGAUX (1990), p. 410-411 dedica un breve apartado de su manual sobre la protección de la vida privada “y otros bienes de la personalidad” al reconocimiento de un derecho a la voz. Más recientemente DEBRUYNE (2018), pp. 1101-1193, analizando el contexto comercial en torno a la voz desde la perspectiva de esta como derecho de la personalidad.

⁸⁸⁹ *Vid.* apartado X.

⁸⁹⁰ En el derecho inglés encontramos el caso *Sim v. H. J. Heinz Co. (1958) 1 WLR 313 (CA 1959)* (ver especialmente p. 317 y 319) en el que compañía Heinz realiza un anuncio utilizando una imitación de la conocida voz del actor Alastair Sim. El artista demanda a la compañía y, aunque el tribunal expresa sus dudas sobre si la voz puede o no ser considerada “como propiedad de la persona”, acaba sosteniendo que no se puede considerar como competencia desleal por actuar en diferentes ámbitos: el actor en el suyo de la interpretación, y el anuncio en el de los productos alimenticios. De hecho, la doctrina que ha comentado el caso (BEVERLEY-SMITH (2002), pp. 67-68), destaca que lo relevante del caso es que no rechaza abiertamente la idea de que una persona tenga un valor sobre atributos de su personalidad, como la voz.

2.2. La doctrina española

2.2.1. La voz como bien jurídico, pero no como derecho autónomo de la personalidad

Uno de los autores que más se ha detenido en el estudio de la voz desde la perspectiva jurídico-privada ha sido BLASCO GASCÓ, quien analiza la voz junto con otros signos distintivos o identificativos de la persona (como podrían ser, siguiendo el ejemplo de este autor, los tics). Parte de que la voz y el nombre son, como mínimo, dos bienes a través de los cuales se pueden vulnerar los derechos regulados en la LO 1/1982, pues así se desprende de la interpretación del art. 7 a la luz de la exposición de motivos: los supuestos de intromisión ilegítima regulados en dicho artículo se refieren al ámbito de protección civil delimitado por el art. 2 de la LO 1/1982, es decir, del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Por lo que el uso de la voz de una persona por parte de un tercero para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, constituye una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de la LO 1/1982⁸⁹¹.

Para este autor no es necesario configurar la voz ni como derecho fundamental ni como derecho de la personalidad, justificándolo con unas afirmaciones que no podemos compartir⁸⁹². En primer lugar, no ve suficiente para configurarlo como derecho de la personalidad que “la prestación sea normalmente *intuitu personae*” cuando se trata de contratos cuyo objeto es la voz, Tampoco considera que haya una vinculación de la voz con la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad, o la identidad de la persona, pues para él la voz no puede individualizar a alguien más allá de lo que lo hacen otras características

⁸⁹¹ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), p. 53.

⁸⁹² Aunque entiende que una solución sencilla sería considerar al derecho a la propia imagen como un derecho fundamental y a la vez un derecho de la personalidad, mientras que el derecho a la voz, al no encontrarse regulado en el texto constitucional, no sería un derecho fundamental, pero sí un derecho de la personalidad (por aparecer regulada su intromisión ilegítima en la LO 1/1982), no es esta la conclusión a la que llega.

físicas como el color de los ojos o la altura⁸⁹³. Como ya hemos dejado apuntado más arriba, para nosotros la voz sí tiene una clara vinculación con la dignidad, personalidad e identidad de la persona, cuyo poder individualizador y particularidades únicas en cada persona nada tiene que ver con las características físicas que el autor cita.

También pone sobre la mesa la cuestión sobre si la enumeración que hace el art. 7.6. LO 1/1982 es cerrada o abierta: si debe considerarse solo a la imagen como la proyección física externa de una persona, o como concepto en el que se encuadren otros caracteres como la voz – que por tanto quedaría amparado por el art. 18.1 CE y por el total de la LO 1/1982 pero solo en cuanto fuera manifestación de la propia imagen y cuando se usase para fines comerciales, de publicidad y análogos–⁸⁹⁴. Si se considera parte integrante del derecho a la propia imagen, entiende que gozará de protección constitucional, pero en cuanto sea manifestación de aquella imagen⁸⁹⁵; si no se considera derecho fundamental, solo se le aplicará el art. 7.6 LO 1/1982, por lo que el autor sostiene que el efecto más inmediato sería que los contratos sobre la voz no quedasen sometidos a los estrechos márgenes contractuales que permite la LO 1/1982⁸⁹⁶.

⁸⁹³ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), p. 56. Sobre la identidad o identificación, argumenta que tampoco es este el problema, dado que la imagen se protege en sí misma, sin necesidad de que su titular sea o no reconocido (otra cosa será la indemnización a la que tenga derecho según ante qué grado de identificación estemos). Para AZURMENDI ADARRAGA (1997), pp. 41-42. los puntos de coincidencia entre voz e imagen son evidentes: ambas constituyen una manifestación sensible de la personalidad (...), tanto la voz como la imagen humana son a la vez medio de comunicación y comunicación en sí mismas; en las dos existe un aspecto material e inmaterial, y una aptitud para ser grabadas, reproducidas, manipuladas; y además tienen en común un potencial patrimonial. Pero esta autora opina que, a diferencia de la imagen, la voz no tiene un potencial individualizador ni identificador, ya que cuando consigue realizar estas funciones es porque han intervenido, a la vez, la imagen o el nombre

⁸⁹⁴ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), p. 56.

⁸⁹⁵ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), pp. 56-57, argumentando que, si se configura como derecho fundamental reconocido a través del art. 10.1 CE, gozará de la misma protección constitucional que cualquier derecho fundamental. Pero esta opción la descarta.

⁸⁹⁶ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), p. 55.

Acaba concluyendo que con la voz sucede algo parecido a lo que ocurre con el nombre (aunque por otra parte a este sí lo considera derecho de la personalidad, y a la voz, no): el derecho a la voz sería el derecho a tener y mantener la propia voz y que esta no pueda ser eliminada ni modificada. Duda de que se pueda configurar como derecho de la personalidad por el mero hecho de ser identificativo de la persona, ni tampoco que sea *per se* un derecho fundamental, aunque sí podría configurarse como derecho fundamental mediático que hace posible el ejercicio de otros derechos fundamentales (como las libertades de información, expresión y cátedra). Así, configura, literalmente, a la voz como “cosa”, como un bien patrimonial, pero no como objeto de un bien de la personalidad⁸⁹⁷.

Así y todo, BLASCO Y GASCÓ establece una clasificación de las patologías jurídicas que tendrían por objeto la voz, que serían: su captación inconsentida, su reproducción sin el consentimiento del titular, su imitación defraudatoria, y finalmente su utilización inconsentida para fines comerciales o publicitarios. Defiende que todas ellas tienen respuesta en el ordenamiento jurídico sin necesidad de configurar a la voz como derecho de la personalidad. Y que su mención en el art. 7.6 LO 1/1982 equivale a que su uso inconsentido puede constituir una intromisión ilegítima no en el derecho a la voz, sino en el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. Así, un uso de la voz que no afecte a alguno de estos tres derechos no estará reprimido, pues “la voz no se protege en sí misma”, por lo que cabría un uso inocuo de la voz ajena (cosa que no sucedería con la imagen). Por último, considera una cuestión distinta la explotación económica de la voz ajena, problemática que no ve relevante a los efectos de su configuración como derecho fundamental o como derecho de la personalidad⁸⁹⁸. Esta postura deriva de su tesis a favor de un separado derecho patrimonial de imagen, que parece que también estaría defendiendo para la voz, aun sin considerar a este un derecho.

⁸⁹⁷ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), pp.57-58.

⁸⁹⁸ BLASCO Y GASCÓ (2008 A), p. 58.

También PASCUAL MEDRANO considera que la voz puede protegerse con base en el art. 7.6 LO 1/1982, por tanto, con una acción civil por su uso inconsentido con fines lucrativos, pero que no por ello es un derecho de rango constitucional. Es decir, sería un derecho de naturaleza patrimonial en el que su titular dispondría únicamente de la facultad de decidir sobre su utilización comercial o publicitaria⁸⁹⁹.

2.2.2. La voz como parte del derecho de imagen

Entre nuestra doctrina no faltan voces que consideran que la voz puede ser protegida a través del derecho a la propia imagen. Así, para FERRÁNDIZ AVENDAÑO, ante la ausencia de normas que tutelen específicamente el derecho a la voz, esta forma parte del derecho personalísimo a la propia imagen, haciendo pivotar su argumentación sobre dos extremos: el primero, la mención a la voz que se hace en el art. 7.6 LO 1/1982, cuyo uso para fines comerciales se considera intromisión ilegítima; y el segundo, la cláusula general del mismo art. 7 y su remisión al art 2 LO 1/1982, que considera intromisiones “en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 LO 1/1982”, ámbito que lo conforman los derechos que dan título a la ley orgánica. Por eso concluye que el derecho más afectado de la tríada protegida en el art. 18.1 CE y LO 1/1982, cuando estamos ante una intromisión por uso de una voz ajena, es el de imagen⁹⁰⁰.

Así y todo, FERNÁNDEZ AVENDAÑO considera la voz como uno de los signos de identidad o distintivos de la persona, al igual que lo son la imagen y el nombre. Ve necesario que se reconozca un derecho personalísimo a disponer de la propia voz –voz a la que califica de auténtica, característica o peculiar de cada persona–, manifestándose en una vertiente positiva y otra negativa que permitan, respectivamente, autorizar u oponerse a que la voz sea captada o fijada de manera que pueda ser reproducida, comunicada o puesta a disposición del público a título gratuito u oneroso. En definitiva, este derecho estaría

⁸⁹⁹ PASCUAL MEDRANO (2003), p. 62.

⁹⁰⁰ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 6. También ROVIRA SUEIRO (2002), pp. 414-415 considera a la voz como parte del objeto jurídico protegido por el derecho a la propia imagen cuando se trata de impedir su uso publicitario, comercial o de naturaleza análoga.

salvaguardando el espacio propio y reservado del sujeto frente a la injerencia que supone verse representado o identificado públicamente mediante la proyección de la propia voz, pero que se protegería mediante el derecho a la propia imagen⁹⁰¹.

También encontramos doctrina constitucionalista que se ha manifestado en sentido parecido. BALAGUER CALLEJÓN estima que no considerar un derecho a la voz es restrictivo del derecho a la imagen. Para ella, debería formar parte del derecho a la imagen de toda persona la difusión incontestada de su voz, pues forma parte de su propia personalidad, e incluso admite que la voz podría ser parte del físico de una persona⁹⁰².

2.2.3. La voz como derecho autónomo de la personalidad, pero no como derecho fundamental

Entre quienes tradicionalmente consideraron que la voz sería un derecho autónomo de la personalidad, pero no un derecho fundamental, destacamos, en primer lugar, a DE VERDA Y BEAMONTE. El autor considera que la voz debe ser protegida como un derecho específico de la personalidad, en tanto que se trata de un elemento identificador de la persona distinto de la imagen. Este derecho conferiría a su titular dos facultades: oponerse, por un lado, a toda reproducción incontestada de la voz, y por otro, a toda imitación que pueda inducir a confusión a quienes la escuchan, cuando estos no sepan distinguir si se trata o no de una imitación. Remarca que no se trata de un derecho de propiedad intelectual sobre las creaciones, pues en las obras artísticas la voz es el soporte o vehículo de trabajo (en el caso de los cantantes, dobladores, actrices, etc.), sino que se trata de un derecho de la personalidad propio, un rasgo más de la personalidad que permite identificarnos. Por otra parte, aunque DE VERDA defendía que la intromisión en el derecho a la voz en ningún caso podía dar lugar a un recurso de amparo, pues la CE

⁹⁰¹ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 3. En el ámbito de la propiedad intelectual, SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1535 no parece llegar a concebir la voz como derecho autónomo siquiera en su concepción, entendiendo la voz como parte de la imagen, al decir que los artistas comprometen “sobre todo su imagen, a través fundamentalmente de los gestos o la voz”.

⁹⁰² BALAGUER CALLEJÓN (2016), p. 100.

no contiene un expreso reconocimiento de un derecho fundamental a la propia voz (como tampoco existe para el nombre), recientemente parece admitir, a raíz de la STC 167/2013, de 7 de octubre⁹⁰³, que la voz también tiene que estar integrada dentro de la protección conferida por el art. 18.1 CE, al igual que sucede con el nombre –recordemos que esta sentencia considera integrado el nombre en el art. 18.1 CE–⁹⁰⁴.

También ROSELLÓ MANZANO cita argumentos que juegan a favor del reconocimiento de un derecho a la propia voz como derecho de la personalidad: por una parte, cree que la voz sí que tiene potencial individualizador, por cuanto se utiliza en los reconocimientos biométricos de los protocolos de seguridad como uno de los “rasgos” o “atributos” individualizadores de la persona, al igual que el iris del ojo, la huella dactilar o la forma del rostro o la mano. Si bien compartimos con ROSELLÓ que la voz tiene un potencial individualizador, no creemos que sea su validez en los reconocimientos biométricos lo que permita fundamentar tal potencial, por lo menos desde el punto de vista jurídico. Como él mismo señala, las huellas dactilares, por ejemplo, también pueden cumplir esta función en los protocolos de seguridad, pero no por ello podemos proclamar la existencia de un derecho sobre nuestras huellas dactilares. En segundo lugar, entiende que la voz presenta una vertiente patrimonial, que se manifiesta en el ámbito publicitario, especialmente cuando no va acompañada de imagen, como sucede en los anuncios de la radio. Si se tratase de un anuncio televisivo, también se atentaría contra su imagen (si es que esta se utiliza), o a su honor (si, por ejemplo, lo anunciado va en contra de convicciones del titular de la voz), y considera que sería mucho más fácil demandar en base a un derecho a la propia voz configurado como derecho de la personalidad autónomo⁹⁰⁵. En tercer lugar, distingue este autor el

⁹⁰³ STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/167).

⁹⁰⁴ DE VERDA Y BEAMONTE (2007), pp. 1392-1395; (2017), pp. 100-103 y de nuevo en (2019), junto con DE LAS HERAS VIVES, pp. 225-228, reconociendo en este último trabajo que la voz, al igual que el nombre, encontraría protección en el art. 18.1 CE.

⁹⁰⁵ El autor destaca que también podría afectar a su intimidad, si lo dicho versa sobre aspectos íntimos de quien habla. Pero como sucede con la imagen, entrarán en juego ambos derechos, siendo común que los tribunales se pronuncien sobre los dos. ROSELLÓ MANZANO (2011), p. 65.

derecho a la propia voz de los derechos de propiedad intelectual, singularmente el derecho moral de autor⁹⁰⁶. Así, en el caso de una conferencia o cualquier forma de exposición oral de un tema con un contenido científico, artístico, etc., habrá un derecho moral protegiendo el contenido expresado. Pero si, por ejemplo, se realiza una grabación sin consentimiento del que está siendo grabado, y luego se difunde, también sin consentimiento, entiende que no solo se vulnera el derecho moral del autor (del que habla) y su derecho patrimonial en el caso de que se hayan puesto copias a la venta, sino también su derecho a la propia voz⁹⁰⁷.

No obstante, el autor entiende que la identificación por la voz es más difícil que por la imagen de una persona, pues los datos de los que se dispone son menores. Mientras que en la imagen entran en juego las dimensiones de la persona, el color o el aspecto, en la voz, según su opinión, solo contamos con el timbre. Pero como ya hemos aclarado, una voz se caracteriza por más parámetros que solo el timbre⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ También cita el art. 113.2 LPI, dedicado al derecho moral de los artistas, sobre la autorización expresa que debe prestar el artista para que su actuación se doble en su propia lengua, lo que es otro argumento a favor del carácter personalísimo de la voz.

⁹⁰⁷ ROSELLÓ MANZANO (2011), p. 66, cita varios ejemplos de frases pronunciadas por actores con voz conocida y que, en caso de imitarse con un fin económico (por ejemplo, servir de “gancho” en un anuncio para captar la atención del consumidor) se podría ver vulnerado el derecho a la propia voz, como la imitación de Robert de Niro cuando dice “¿estás hablando conmigo?” en la película *Taxi Driver* dirigida por Scorsese.

⁹⁰⁸ No obstante, el autor pone un ejemplo que consideramos incorrecto. Entiende que las personas con “oído absoluto” no tendrán ninguna dificultad en identificar a otras por la voz. Pero el oído absoluto se refiere a la habilidad para identificar una nota musical, su altura concreta, sin la necesidad de contar con una referencia de tono. Por lo tanto, nos estamos refiriendo a cuestiones diferentes: la voz, salvo cuando se canta, no se mide o identifica por el tono musical, por las notas de una escala, que es de lo que trata la capacidad de estas personas. Por lo tanto, una persona con oído absoluto no tiene por qué distinguir mejor una voz que otra que no lo tenga, pues en esta distinción entrarán en juego otras variables como la atención que se haya prestado al escuchar por primera vez a esa persona (para luego poder identificarla), o su similitud con otras voces que ya se conozcan y que puedan dificultar la identificación.

Por último, YZQUIERDO TOLSADA mantiene que el derecho a la propia voz es un derecho de la personalidad que admite un tratamiento próximo al derecho a la propia imagen, si bien la utilización inconsciente de la voz ajena podrá suponer también una agresión al derecho a la intimidad. Admite la aplicación analógica del art. 8.2º para impedir la consideración como intromisión ilegítima de la utilización de la voz del personaje público, las imitaciones o parodias y el uso de la voz como herramienta accesoria al servicio de una noticia⁹⁰⁹.

2.2.4. La voz como derecho autónomo de la personalidad y, además, como derecho fundamental

La última de las posturas defendidas por la doctrina, y por la que ya adelantamos que nos decantamos, es aquella que sostiene que el derecho a la voz es un derecho de la personalidad con protección al más alto nivel. Así, según ALEGRE MARTÍNEZ, el contenido del derecho fundamental a la propia imagen se proyecta en una serie de supuestos de indudable trascendencia, siendo uno de ellos el que denomina “derecho a la propia voz” –pero ya dejamos apuntado que lo considera autónomo con respecto a la imagen–. El autor parte de que el Tribunal Constitucional mantiene una interpretación gramatical y restrictiva del art. 7.6 LO 1/1982, considerando intromisión ilegítima a los efectos de la ley, solo la “utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Así lo entendió en la STC 114/1984 (FJ 8)⁹¹⁰, si bien anteriormente, mediante el auto 466/1982, de 28 de mayo, había establecido que dicho artículo concedía protección “frente a todo género de intromisiones ilegítimas”⁹¹¹.

Entendiendo que el derecho a la propia voz tiene una importante proyección sobre numerosos supuestos de gran interés práctico⁹¹², es de la opinión de que el TC debería reconocerlo, y no plantearlo meramente como “hipotético”. Se pregunta respecto de cuál de los tres derechos reconocidos por el art. 18.1 CE cabría realizar una

⁹⁰⁹ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1393.

⁹¹⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).

⁹¹¹ ALEGRE MARTÍNEZ (1997), pp. 83-84.

⁹¹² ALEGRE MARTÍNEZ (1997), pp. 85.

interpretación extensiva para que tuviese cabida el derecho a la propia voz, y concluye que el derecho a la propia imagen sería el más apropiado, por cuanto, al igual que este, “es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”, como señala la STC 99/1994 (FJ5), respecto de la imagen. Este autor no considera a la voz un elemento tan imprescindible como la imagen para la identificación de las personas, y pone como ejemplo a las personas sordomudas, para quienes considera que no tendrían voz en sentido concreto, pero sí en sentido amplio, pues “su voz serían sus gestos” y para “oír” a esa persona sería necesario “ver, captar sus gestos”, o incluso verlas expresarse a través de una voz artificial producida por un ordenador (poniendo el caso del importante físico cuya voz, aunque artificial, por todos era reconocida). Por tanto, el autor entiende que haciendo una interpretación extensiva del art. 18.1 CE cabe deducir el derecho a la propia voz. El art. 7.6 LO 1/1982, cuando habla de “voz” e “imagen” se refiere, en cambio, a un concepto estricto de imagen, no extenso como el de la CE⁹¹³.

En cuanto al contenido, no entendería amparadas las ideas expresadas con la voz, pues ello entraría dentro de la libertad de expresión; sí protegería contra manipulaciones técnicas de grabaciones que hagan variar el sentido, la entonación o el contexto de las afirmaciones vertidas por el sujeto al que se graba; y no lo consideraría un derecho que sea vulnerado por los artistas que imitan en tono humorístico voces de otras personas, no solo porque no se trataría propiamente de la voz del imitado, sino porque al ser humorísticas normalmente suelen estar implícitamente consentidas. Pero si no se aprecia que se trata de una imitación, sí ve vulnerado el derecho a la propia voz, siempre y cuando estemos “fuera de ese ámbito artístico”, y la persona tenga intención de suplantar a otra”; Por último, ve aplicable el art. 8 LO/1982 si las voces imitadas son las de personas famosas⁹¹⁴.

⁹¹³ ALEGRE MARTÍNEZ (1997), pp. 86.

⁹¹⁴ ALEGRE MARTÍNEZ (1997), pp. 87-88.

En definitiva, este autor sí defiende que sería necesario que el TC reconociese un derecho a la propia voz, protegido constitucionalmente por el art. 18.1 CE al hacer una interpretación extensiva del derecho a la propia imagen, si bien constituyendo un derecho propio y diferenciado de este último.

Por su parte, GÓMEZ CORONA, partiendo de la mención al nombre y a la voz, además de la imagen, que se recoge en el art. 7.6 LO 1/1982, se pregunta si estos atributos, nombre y voz, están protegidos por el derecho fundamental del art. 18.1 CE, ya que la propia exposición de motivos de la LO 1/1982 señala que su finalidad no es otra que el desarrollo del principio general de garantía de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE⁹¹⁵. La cuestión es relevante si se tiene en cuenta que su consideración como derechos fundamentales implicaría que su mera captación inconstentida ya permitiría su sanción. Por el contrario, si se tratase de derechos de creación legal, su uso inconstentido solo se daría cuando fuese con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por tanto, una primera postura será defender que la mera grabación inconstentida de una voz ya constituye una lesión del derecho siempre y cuando se pueda individualizar esa voz (que no esté comprendida, por ejemplo, en un coro de voces en donde todas se confundan, o se vea camuflada por otros ruidos). Así lo entiende GÓMEZ CORONA, justificándolo en base a que, al igual que la imagen, la voz es un atributo de la personalidad protegido por el derecho fundamental. Sin embargo, reconoce que se presentan los mismos problemas que con la imagen: la dificultad de reaccionar a esa captación inconstentida cuando aún no se sabe el uso que se le va a dar, pues podría ser lícito si se trata del ejercicio a la libertad de expresión, por ejemplo. Tanto si desde el inicio la captación es inconstentida, y por tanto su difusión también, como si su captación es consentida pero su difusión no, estamos ante dos casos igualmente ilícitos y, por tanto, contrarios al derecho fundamental del art. 18 CE⁹¹⁶.

⁹¹⁵ GÓMEZ CORONA (2014), p. 45.

⁹¹⁶ GÓMEZ CORONA (2014), pp. 47-48.

3. El tratamiento jurisprudencial de la voz en España

3.1. VOZ E INTIMIDAD

La jurisprudencia española menciona por primera vez el derecho a la voz en la STC 114/1984, en una primera aproximación entre la voz y el derecho a la intimidad. Se trata de un caso que gira en torno al art. 18.3 CE, relativo al secreto de las comunicaciones⁹¹⁷. En ella tanto el abogado del Estado como el Ministerio Fiscal (MF) hacen alusión al derecho a la propia voz. Así, el primero acepta que la grabación de la conversación por uno de los interlocutores puede plantear “dudas en abstracto”, aun no estando tipificada tal conducta, pues puede implicar abuso en la fe o confianza de quien habla. Y añade, en lo que aquí nos interesa, que todo ello “al margen de la argumentación doctrinal en favor del «derecho a la propia voz» o «a la palabra»”, por lo que está reconociendo que, al menos en el plano doctrinal, ya había un debate sobre la existencia de este derecho. Por su parte, el MF dice que “la grabación en sí –al margen de su empleo ulterior– solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero”. Entiende así que la referencia a la voz contenida en el art. 7.6 LO 1/1982 no es más que una concreción del derecho a la intimidad, solo protegible frente a utilizaciones de la voz ajena “*ad extra* y no meramente registrada”, y solo cuando dicha utilización lo sea con alguna de las finalidades descritas en el propio art. 7.6 LO 1/1982 (finalidad publicitaria, comercial o de naturaleza análoga).

Por lo tanto, parece que el MF está estableciendo dos requisitos para que el uso de una voz ajena se considere una intromisión ilegítima en el ordenamiento jurídico español: por una parte, no bastará con la mera

⁹¹⁷ La STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114), versa sobre un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por un trabajador que fue despedido a raíz de unas manifestaciones hechas en conversación telefónica, y que su interlocutor grabó e hizo saber a un tercero sin que el trabajador, demandante en amparo, tuviese conocimiento.

grabación de la voz, sino que esa grabación habrá de usarse posteriormente con un fin diferente a aquel con que las palabras fueron pronunciadas. Por ejemplo, en el caso planteado en esta sentencia, que se utilice fuera del contexto de la conversación que habían mantenido ambos interlocutores y que uno de ellos grabó. Por otra parte, como segundo requisito, se exige que ese uso tenga una finalidad publicitaria, comercial, o de naturaleza análoga, es decir, que básicamente se está protegiendo frente a un uso no consentido por el titular de la voz que pueda reportar un beneficio económico al intromisor. Y todo ello, partiendo de que el MF considera a la voz como una “concreción” del derecho a la intimidad, y no como un derecho autónomo⁹¹⁸.

3.2. VOZ E IMAGEN

Una década después, el TC dicta su famosa sentencia 117/1994⁹¹⁹, que pivota sobre los efectos que tiene la revocación del consentimiento de una conocida *celebrity* al uso de unas fotografías por parte de una revista⁹²⁰. Al margen de esta cuestión central, lo que nos interesa destacar es que el TC considera que la voz, como atributo característico de la personalidad que es, queda englobado dentro de la definición del derecho a la propia imagen reconocido por el art. 18.1 CE. Para el Tribunal, este artículo garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, entre los que no solo se encuentra la imagen física, sino también la voz y el nombre, cualidades que definen el ser propio y que quedan atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. El TC todavía amplía más la definición al añadir que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y de aquellas manifestaciones de la persona que van más allá de su imagen, como su identidad o su voz. En definitiva, parece querer englobar en la protección concedida por el art. 18.1 CE un catálogo de atributos inherentes a la persona que van más allá de su mero aspecto físico, entre

⁹¹⁸ F.J. 8º de la STC 114/1984.

⁹¹⁹ F.J. 3º de la STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994/117), *Caso Ana Obregón*.

⁹²⁰ Sobre la sentencia y su (no) precisión sobre si las pretensiones (de marcado carácter patrimonial) de la actriz formaban parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen, *vid.* VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 164-165.

los que se encuentra la identidad, el nombre y también la voz, quedando así la voz protegida al mayor nivel posible en nuestro ordenamiento.

Esta postura del TC que incluye a la voz como parte del derecho a la propia imagen parece mantenerse hasta hoy, pues en la reciente STC 25/2019, de 1 de marzo⁹²¹, sobre el uso de cámaras ocultas en reportajes de investigación, y tras citar la sentencia anteriormente comentada, añade que en los casos de grabaciones ocultas, “la captación no solo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación” (FJ 4º). Continúa haciendo alusión al rostro y a la voz, equiparándolos a la hora de establecer la obligación de distorsionarlos, puesto que ambos sirven para identificar a las personas grabadas. Por lo tanto, queda patente que el Tribunal sí ve un potencial identificador tanto en la imagen como en la voz, no obstante entender que la segunda queda protegida por el derecho a la propia imagen (FJ 9º)⁹²².

3.3. LA VOZ, ¿Y SOLO LA VOZ?

En la jurisprudencia menor encontramos dos sentencias, ambas de la AP de Barcelona (Sección 15ª), que merecen nuestra atención.

3.3.1. El caso “voz del metro”

La primera, de 10 de septiembre 2003⁹²³, en la que únicamente es el uso de la voz (y no de la imagen conjuntamente con la voz) lo que es objeto de controversia –en concreto, de la voz inserta en unas grabaciones realizadas años antes por un locutor, y que ahora la

⁹²¹ STC (Sala Primera), 25/2019 de 28 febrero (RTC 2019\25).

⁹²² El TC concluye, en fin, que ambos atributos son determinantes a la hora de identificar a las personas: “el demandante de amparo fue grabado subrepticamente y, con ello, privado del derecho a decidir, para consentirla o para impedirla, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico y de su voz, determinantes de su plena identificación como persona” (F.J. 9º).

⁹²³ SAP de Barcelona (secc. 15ª), de 10 de septiembre de 2003 (AC 2004/289).

empresa de metro de Barcelona había decidido utilizar para anunciar varias de sus paradas—⁹²⁴.

Pero la AP, siguiendo la estela marcada por el TC, declara vulnerado el derecho a la propia imagen del demandante, en su vertiente patrimonial⁹²⁵, condenando a la empresa a pagar 2.404,05 € en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la intromisión ilegítima⁹²⁶. Para la AP la voz es una clara ampliación del concepto de imagen, pero al que añade un matiz significativo: la protección no engloba solo a la voz auténtica, sino también a la imitada (F.J. 2º). Por otro lado, se desestima la pretensión del titular de la voz de considerar vulnerados sus derechos de propiedad intelectual de acuerdo con los arts. 105 y 11 de la LPI, por entender que la lectura de una información acerca de las paradas del metro no está comprendida dentro de los conceptos de obras protegibles por la LPI (F.J. 3º y 4º).

3.3.2. El caso Tom Waits (2005)

La segunda sentencia, también de la AP de Barcelona, es la de 17 de noviembre de 2005⁹²⁷ en la que el afamado cantante Tom Waits (de nuevo, pero como vemos esta vez en nuestro ordenamiento jurídico y no en el estadounidense, y por hechos diferentes) demanda a una conocida marca automovilística por usar en un spot publicitario una

⁹²⁴ Existe otro caso similar que llegó a consenso en vía extrajudicial: dos profesionales de la radio encargados de poner voz a las paradas de metro de Madrid demandaron al cantante Manu Chao por utilizar una de las grabaciones, concretamente la que anuncia la estación Esperanza, en uno de sus discos y sin pedir autorización para ello. Los locutores habían solicitado, sin éxito, que se retirase la canción y se reconociese públicamente que no disponían de autorización para el uso de sus voces en el disco. Finalmente, llegaron a un acuerdo económico al que no hemos tenido acceso, como tampoco al contenido de la demanda. Sobre la controversia, *vid.* <https://www.elmundo.es/elmundo/2002/11/16/cultura/1037447747.html>

⁹²⁵ Nótese que el tribunal habla de una vertiente patrimonial del derecho, pero dejando claro que no permanece al margen de su protección constitucional.

⁹²⁶ Para la valoración del daño el tribunal tuvo en cuenta, partiendo del art. 9.3 LO 1/1982, las circunstancias concurrentes, la gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión que tuvo el hecho y el beneficio que le ha reportado a la empresa demandada (F.J. 2º).

⁹²⁷ SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 17 de noviembre de 2005 (AC\2006\754), *Caso Tom Waits (2005)*.

canción sustancialmente semejante a la de su autoría “*Innocent when you dream*”. Debemos resaltar que la imitación de esta canción alcanza, sin duda, a la base melódica, ritmo, y demás elementos musicales (a lo que el tribunal se refiere genéricamente como “la música”) pero también a la voz: la imitación reproduce a la perfección el tono grave y carrasposo de Tom Waits, cosa que la sentencia no se encarga de señalar, pero sí se aprecia si se escucha dicho spot publicitario⁹²⁸. La demanda se dirige contra tres empresas: la automovilística titular del encargo, la publicitaria encargada de realizarlo, y otra subcontratada por esta que se había encargado de ponerle música, pero no contra quien de hecho ejecutó musicalmente y puso voz a la canción del anuncio, motivo este último por el que en primera instancia no se les condena por infracción de los derechos morales de Tom Waits, pero sí por infracción de los derechos patrimoniales (derivados de la reproducción, distribución y comunicación del spot) a la empresa publicitaria. En cambio, a la automovilística se la absuelve, pues “no tenía por qué saber que con el spot se infringían los derechos de propiedad intelectual”, cosa bastante cuestionable, no solo por la obviedad de la afirmación de que no hace falta que concurra dolo para la infracción de estos derechos, sino también por la manera en que se procede en estos casos, participando ambas empresas en la decisión de utilizar o no un determinado anuncio, cuestión que se ve claramente en el *Caso Tom Waits (1992)*. La condena ascendió, en esta primera instancia, a la cantidad de 36.066 €, “cifra en que se valora la remuneración que hubiera percibido” [Tom Waits] de haber autorizado la explotación de su derecho”. Por otra parte, se desestimaron las pretensiones fundadas en los arts. 5 y 11.2 de la LCD por considerar que no concurrían los presupuestos para aplicarlos.

La sentencia de la AP, una vez expuestos los hechos, lo primero que hace es negar el planteamiento de la excepción por falta de litisconsorcio pasivo necesario que solicitaban los demandados,

⁹²⁸ Pues, de hecho, a día de hoy, se puede seguir viendo el spot, apreciándose que la música ha sido bastante modificada, a raíz de la sentencia, con respecto a *Innocent when you dream*, pero la voz sigue siendo una imitación de la de Tom Waits. <https://www.youtube.com/watch?v=fcqw-Am5wn8> [Fecha de última consulta: 7/1/2020].

declarando que estamos ante la llamada solidaridad impropia, en la que se deja a elección del actor el dirigirse contra todos o algunos de los que hubieran podido intervenir en la infracción de su derecho, lo que vinculará al juez a la hora de establecer la condena, ya que esta no podrá afectar a quienes no hubieran sido demandados, pudiéndose dar el caso de que quien fue demandado no sea responsable y sí lo hubiera podido ser quien no lo fue. Y a aquellos que sí se condene, lo serán por razón de los actos que él realizó y que constituyan una infracción de los derechos de propiedad intelectual denunciada. Por lo que entendemos que Tom Waits podría haber demandado también a los artistas que materializaron con su interpretación el spot publicitario, pero lo cierto es que no lo hizo.

A continuación, declara infringidos los derechos de propiedad intelectual de Tom Waits tanto en su faceta moral como patrimonial. El derecho moral de autor se ha infringido en la medida en que se ha alterado la obra sin su autorización, infracción que alcanzará no solo a los que materializaron el acto (los artistas), sino también a los que se encargaron de la producción del anuncio (empresas publicitarias) y quienes lo exhiben en beneficio propio (empresa automovilística). Y los derechos patrimoniales también se han vulnerado por cuanto comprenden un derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, ya sea íntegra o *modificada*. El criterio utilizado por el tribunal para determinar que estamos ante una versión modificada de la canción “*Innocent when you dream*” es el de la semejanza sustancial, pues “claramente la recuerda o cuando menos la evoca”.

En definitiva, esta sentencia se desvía de la anterior de la AP por cuanto las acciones interpuestas no abarcan a las contempladas para defender los derechos de la personalidad, sino que se limitan a la infracción de derechos de propiedad intelectual – en concreto, sobre su derecho moral de autor a no alterar una obra sin su autorización, y sobre los derechos patrimoniales de explotación de dicha obra modificada–. El tribunal, además de estimar la acción declarativa con base en dichas intromisiones, también considera aplicables las acciones de cesación y de indemnización de daños y perjuicios previstas en la LPI,

concediendo una cuantiosa indemnización a Tom Waits⁹²⁹. Sin duda, la defensa de Tom Waits, conocedora de la legislación española, apostó por el terreno seguro, demandando por la vía de la propiedad intelectual, y no por la de los derechos de la personalidad y la de un no suficientemente reconocido derecho a la propia voz, vía por la que sí optó, como vimos, en el Derecho estadounidense.

4. Una propuesta de configuración del derecho a la voz como derecho de la personalidad

Como hemos avanzado en el primer capítulo de esta memoria de tesis doctoral, el primigenio derecho a la voz habría aparecido a la par que el derecho a la propia imagen, pues es entre mediados y finales del s. XIX cuando se inventan los instrumentos que permitirán su fijación y reproducción: el fonógrafo en el caso de la voz, y las cámaras fotográficas en el caso de las imágenes. En esta época, el jurista alemán GAREIS afirmaba que el catálogo de derechos de la personalidad no estaba todavía cerrado, mencionando la posibilidad de que existiese un derecho a la propia voz. Y poco tiempo después, en el primer tercio del s. XX, en nuestra doctrina RUIZ Y TOMÁS, seguramente influenciado por el anterior autor, se refiere a la voz a la par que al honor o a la imagen, como un derecho de la personalidad más. No obstante, este reconocimiento doctrinal no se verá reflejado en las legislaciones de la época, y la primera toma en consideración del derecho a la voz de la que tenemos constancia por parte de una comisión codificadora es la francesa, que a mediados del s. XX, en el seno de la comisión de reforma del *Code civil*, se planteó la posibilidad de incluir una protección de la voz de forma análoga al derecho de imagen, si bien finalmente se dejó

⁹²⁹ Por un lado, los derechos patrimoniales de la cesionaria se valoran en 36.000 euros, indemnización que el tribunal considera equivalente a lo que la empresa estaba dispuesta a cobrar de haberse concedido la licencia. Y por otro, el daño moral se valora en 30.000 euros, que se justifica por la previa actitud del cantante de denegar su autorización al uso de la canción (además de que no constaba que nunca hubiese dado una autorización similar), y por el importante alcance de la infracción (se trataba de un anuncio televisivo destinado a una audiencia de varios millones de espectadores).

la discusión para más adelante, por considerarla una cuestión entroncada con los derechos de los artistas.

Por lo tanto, y como también se ha indicado en el segundo capítulo de este trabajo, han sido los tribunales los que paulatinamente han ido reconociendo un derecho a la voz, en la mayoría de los casos refiriéndose a voces conocidas, generalmente de actores o cantantes. Así, en el Derecho comparado son numerosos los casos en los que se sanciona un uso inconsentido de la voz, o una imitación que genere engaño al oyente sobre la titularidad de dicha voz. Esta casuística ha sido la base sobre la que buena parte de la doctrina comparada ha construido un derecho autónomo a la propia voz, habitualmente insertándolo dentro de la categoría de los derechos de la personalidad.

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español no parece haber, todavía, un reconocimiento claro del derecho a la voz ni por parte de la jurisprudencia, ni por parte de la doctrina académica. Bien es cierto que, como dejamos apuntado, diversos autores se han pronunciado sobre la existencia de este derecho, aunque siempre de manera tangencial o al hilo de estudios más amplios sobre los derechos de la personalidad, en general, o del derecho a la imagen, o incluso a la intimidad, en particular. Lo mismo sucede con la doctrina jurisprudencial, que en el momento actual sigue incluyendo a la voz – en las escasas sentencias que la menciona– como parte del derecho a la propia imagen, cuya captación y reproducción inconsentida intensifica la vulneración del derecho de imagen, pero nada más.

Así y todo, consideramos que el derecho a la voz merece un reconocimiento pleno como derecho de la personalidad, autónomo respecto del resto de derechos de esta categoría; es preciso, además, que sus perfiles se establezcan de forma clara, pues solo así se logrará una correcta protección de este rasgo identificativo de las personas. La voz, como hemos sostenido, no es solo un instrumento de comunicación y expresión entre las personas, sino también un elemento identificativo – consecuencia de que la voz es única para cada persona debido a los diversos parámetros de los que se compone– y un instrumento de

trabajo para muchos artistas u otros profesionales que hacen de la voz su medio de vida.

Partiendo de una idea elástica y actual de la categoría de los derechos de la personalidad –cualidades indispensables para lograr su adaptación a las nuevas realidades de protección que la persona vaya requiriendo–, así como de la construcción del Derecho de la persona no solo desde el punto de vista civil, sino también constitucional –pues así se deriva del reconocimiento de los derechos fundamentales como directamente aplicables entre particulares, a lo que debemos sumar no solo el expreso reconocimiento en el art. 18.1 CE de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, sino también su desarrollo mediante la LO 1/1982– el derecho a la voz encontraría acomodo no solo como derecho de la personalidad, sino también como derecho fundamental⁹³⁰. El art. 10.1 CE, que consagra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como valores fundamentales, puede considerarse una cláusula que flexibiliza y sirve de fundamento a nuevos derechos⁹³¹. Permitiría establecer, para un sector doctrinal con el que concordamos, nuevas dimensiones de los valores ya positivizados constitucionalmente y que se ponen de manifiesto por la aparición de nuevas circunstancias de hecho. De esta manera, entendemos que el derecho a la voz surge de esta flexibilización de los valores recogidos en el art. 18.1 CE, postura que se ve reforzada con la expresa mención a la voz que se hace en el art. 7.6 LO 1/1982.

⁹³⁰ Las palabras de ALPA (2018), p. 275 respecto a la *privacy* reflejan perfectamente la idea que nosotros aplicamos al derecho a la voz: “En realidad, el análisis factual y el “derecho viviente” demuestran [que] cuando no exista una disposición específica sobre la hipótesis bajo análisis (como ocurriría en Francia, con el art. 9 *Code civil*), el redescubrimiento es fruto de la interpretación, vale decir, de la extensión del dictado normativo a los casos no contemplados; o de la aplicación analógica, o incluso de la recuperación de los fragmentos de normas colocados en un mosaico del cual se obtiene la figura del derecho; además, las adiciones del intérprete en la construcción del derecho contienen los valores en los que él cree y de los cuales se hace intérprete, apelando quizá a la conciencia social”.

⁹³¹ En este sentido, ROCA TRÍAS (2019), pp. 3-4.

Si en el derecho a la imagen la “esencia última” del derecho fundamental es otorgar al sujeto la facultad de “decidir si hace públicos o no sus rasgos físicos”, con la voz sucedería lo mismo. Se trata de poder decidir el uso que se hace de la propia voz para salvaguardar un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, y que es necesario para poder ejercer libremente el desarrollo de la propia personalidad⁹³². El derecho a la voz comprendería, por lo tanto, también a aquellas grabaciones “neutrales”, de forma análoga a como sucede con las fotografías neutrales. Estas se han definido por el TC como todas aquellas que, aunque no contengan información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, muestran sin embargo su aspecto físico de modo que lo haga reconocible⁹³³. Así pues, con la voz sucedería lo mismo: no hace falta que lo dicho afecte a la intimidad, en ninguna de sus facetas, del titular de la voz. Simplemente que sea reconocible por ella.

En este sentido, a la hora de estudiar las intromisiones ilegítimas que pueden afectar al derecho a la voz, y partiendo de que la enumeración del art. 7 LO 1/1982 es abierta, establecimos que, en primer lugar, existirá una intromisión cuando se emplacen y utilicen aparatos de escucha aptos para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (arts. 7.1 y 7.2 LO 1/1982). Además de conculcarse el derecho a la intimidad o al honor, entendemos que también se puede ver comprometido el derecho a la voz, pues nada impide que se vulneren varios derechos de la personalidad a un tiempo⁹³⁴. En segundo lugar, entendimos que el art. 7.5 LO 1/1982, si bien solo se refiere a la imagen, podría análogamente hacerse extensible a la voz (por varias razones arriba expuestas), por lo que la captación, reproducción o publicación

⁹³² Ámbito que el TC, de acuerdo con el TEDH, estima necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana, FJ 2º, STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828).

⁹³³ De nuevo, FJ 2º, STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828).

⁹³⁴ Como sucede en la STC 25/2019 de 28 febrero (RTC 2019\25), en la que el uso de cámaras ocultas, además de una intromisión en la intimidad y en el honor, constituyó una intromisión en el derecho a la propia imagen “intensificada”, según el tribunal, por la captación de la voz. Como decimos, criticamos este concepto extensivo de imagen, entendiendo que también se está vulnerando el derecho a la voz.

por fonograma, filme o cualquier otro procedimiento, de la voz de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos por el art. 8.2 LO 1/1982, se podría considerar una intromisión ilegítima en el derecho a la voz. En tercer lugar, el art. 7.6 LO 1/1982, mencionando expresamente a la voz, la protege frente a usos publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, que no hayan sido consentidos por su titular. En este caso, resulta clara la protección, si bien debemos matizar que, aunque lo usual será que estas apropiaciones inconsentidas sean de voces conocidas, no vemos obstáculo para que también se proteja frente a intromisiones en el derecho a la voz de personas “anónimas”, si de su uso se desprenden los fines mencionados, como por otra parte ya ha reconocido en algún caso la jurisprudencia⁹³⁵. En este precepto también tendrían cabida, desde nuestro punto de vista, las imitaciones inconsentidas de la voz utilizadas para usos comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga, al igual que sucede con las reproducciones representativas de la imagen, que son aquellas que van más allá de la mera representación gráfica de la figura humana mediante procedimientos mecánicos o técnicos de reproducción, y entre las que se incluye la caricatura. En estos casos, a la hora de valorar la gravedad de la intromisión, se debería de tener en cuenta el “engaño” al que se sometiese la audiencia, haciéndole creer que se trataba de la voz de una persona cuando, en realidad, se trata de una imitación.

Por otra parte, consideramos que la voz es uno de los derechos de la personalidad en donde la faceta patrimonial está más presente. Así, no se tratará de proteger solo intereses morales con este derecho, sino también el valor económico que podrá presentar, en mayor o menor medida, una voz. No obstante, en todo caso se protegerá de manera única, en un mismo derecho a la voz (y por tanto merecedor de protección constitucional), pues no compartimos la existencia de un derecho patrimonial separado del personal. Los parámetros con los que medir este valor económico no tendrán que ver solo con las

⁹³⁵ Como sucedió en la SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 septiembre 2003 (AC 2004\289), caso “metro de Barcelona”, aunque como ya hemos analizado se entendió a la voz como parte del derecho a la propia imagen.

características físicas de la voz, sino también con la popularidad o reconocimiento que pueda tener una persona en el seno de una sociedad, o de un concreto grupo de personas. Esta protección se hará extensible también a las voces de personas fallecidas, y de nuevo tanto en lo que se refiere al ámbito patrimonial como moral. Así, las cláusulas testamentarias que prohíben o facultan para el uso de la voz del causante ya se empiezan a dar en el Derecho comparado, como hemos comentado, y son perfectamente válidas, eficaces y susceptibles de ser protegidas por el Derecho.

Derivado de este valor económico de la voz, no es de extrañar que haya contratos que tengan como prestación principal, precisamente, a la voz. A su estudio pormenorizado, que excedería este primer esbozo de la configuración del derecho a la voz, dedicaremos el siguiente capítulo. Además, las concretas acciones que entendemos que deberán aplicarse frente a los usos inconsentidos de la voz, también serán estudiadas en otro capítulo diferenciado.



CAPÍTULO IV

LA VOZ Y EL CONTRATO

1. Introducción

La voz es un elemento que puede estar presente en todas las fases de la contratación, desde su negociación hasta su cumplimiento. Pero su función será completamente diferente en unas fases y en otras. Así, podrá ser un mero vehículo comunicativo entre las partes, un medio de formalización del contrato o constituir el mismo objeto del contrato. Evidentemente, atendiendo a la temática de esta memoria de tesis doctoral, la cuestión que más nos interesará será esta última, pues es la voz como prestación contractual la que puede ayudar a revelar su alcance e importancia como derecho de la personalidad. Pero resultaría insuficiente un análisis que dejase fuera las otras manifestaciones de la voz en lo que se ha denominado la “teoría del contrato”, no solo por ser una cuestión que no se presenta en otros derechos de la personalidad, sino también porque tal aproximación, al menos desde esta perspectiva, no nos consta que haya sido abordada por la doctrina española ni comparada.

Por lo tanto, en las siguientes páginas partiremos de la distinción que tradicionalmente ha adoptado la doctrina entre las fases de generación, perfección y consumación contractual⁹³⁶ para analizar el papel que la voz puede jugar en cada una de ellas, pero advertimos que lo haremos a los solos efectos de abordar aquellas cuestiones que tienen relación con el objeto de este trabajo, por lo que habrá muchas otras en el marco de la teoría del contrato que conscientemente pasaremos por alto.

⁹³⁶ Díez-PiCAZO (2007 A), p. 309.

2. La voz en la fase de gestación del contrato

La fase de gestación del contrato comprende los preliminares de formación del contrato, que dan como resultado una serie de actos de los cuales surge el consentimiento contractual⁹³⁷. Son actos que los interesados llevan a cabo a los efectos de elaborar, discutir y concertar un contrato, pudiendo consistir en conversaciones o negociaciones tanto orales como escritas⁹³⁸. En el caso de las primeras, la voz tendrá una función meramente comunicativa, de vehículo de expresión de la voluntad de iniciar los tratos o conversaciones. Lo relevante en esta fase será el contenido de lo expresado a través de la voz, en especial en lo que se refiere al cumplimiento de los deberes de negociar de buena fe, suministrar determinadas informaciones, el deber de protección y el deber de confidencialidad⁹³⁹.

Así y todo, sí debemos reparar en una cuestión cuando estamos ante conversaciones orales: la importancia que puede tener la expresión y entonación de la voz a la hora de manifestar la voluntad de contratar, pues podría ser determinante a la hora de interpretar esta voluntad. Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de interpretaciones (que sirven tanto para los contratos ya formados como para determinar si existe intención de quedar obligado), a saber, la interpretación subjetiva, vinculada a la voluntad real del declarante, y la objetiva, que busca el sentido que puedan razonablemente encontrar los destinatarios de la declaración⁹⁴⁰. En ambos tipos, y aunque normalmente se tratará de interpretar el contenido de lo dicho, habrá de atenderse además a la intención que se desprende del uso mismo de la voz⁹⁴¹: si han sido

⁹³⁷ DIEZ-PICAZO (2007 A), p. 309.

⁹³⁸ DIEZ-PICAZO (2007 A), p. 311, para quien no se crea una relación jurídica entre las partes, pero ello no quita que no sean relevantes las conversaciones, pues pueden tener trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato.

⁹³⁹ Siguiendo la clasificación de DIEZ-PICAZO (2007 A), pp. 311-314. Por su parte, GARCÍA RUBIO, (1991), pp. 43 y ss., divide los deberes propios de la fase precontractual en deber de información, deberes de lealtad (en el que incluye el de reserva o secreto) y deberes de protección.

⁹⁴⁰ DIEZ-PICAZO (2007 A), p. 330.

⁹⁴¹ Somos conscientes de que además de atender al lenguaje fonético o hablado, a la hora de interpretar la intención del mensaje, habrá de estarse al lenguaje kinésico

manifestaciones hechas con ironía (por ejemplo las *iocandi causa*⁹⁴²), lo que se puede deducir de una determinada entonación; si han sido firmes y taxativas, declaraciones que exigen un tipo de expresión vocal más definida y seria; o, en fin, si las curvas expresivas de la voz dan a entender o no una voluntad de contratación, lo que habrá de analizarse de acuerdo con cada lengua y cultura, pues la expresión del habla, unida a la intención desprendida del significado de las palabras, se manifiesta de forma diferente incluso en regiones que comparten una misma lengua⁹⁴³.

Todo lo dicho anteriormente sirve también a la hora de analizar la función de la voz en la perfección de los llamados contratos verbales, una de las cuestiones que abordaremos a continuación.

3. La voz en la fase de celebración del contrato

En la fase de celebración del contrato, este podrá formalizarse de forma oral, donde la voz será de nuevo protagonista, si bien con su función comunicativa; o también podrá utilizarse como medio que autentifique la firma del contrato, para lo que se utilizarán técnicas biométricas de reconocimiento de voz, que permitan identificar al titular de dicha voz que está prestando su consentimiento contractual.

3.1. LOS CONTRATOS VERBALES

En un sentido amplio, la palabra “forma” en relación con los contratos se ha utilizado para designar a todo aquello que valga de vehículo para la exteriorización de la declaración de voluntad contractual⁹⁴⁴. Esta no podría ser conocida de no ser expresada por

(movimientos del cuerpo que acompañan a las palabras), e incluso al proxémico (que atiende al espacio físico en las relaciones interpersonales).

⁹⁴² La declaración *iocandi causa* (“a causa de broma”) es aquella hecha con falta de seriedad o en tono jocoso, sin ánimo de comprometerse. Según el párrafo segundo del art. 1281 CC, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

⁹⁴³ Caso paradigmático es el del idioma español, y en el que los aspectos culturales de cada región/país inciden tanto en el acento como en determinadas expresiones o entonaciones que pueden llegar a variar el significado de una misma frase.

⁹⁴⁴ Sobre los distintos significados de la forma aplicados a los negocios jurídicos contractuales, DIEZ-PICAZO, (2007 A), p. 287.

medio de algún signo idóneo, normalmente medios de comunicación social en donde las partes se sirvan del lenguaje a través de la palabra oral o escrita. Por lo que desde esta perspectiva todos los contratos serían formales, pues todos precisan de alguna forma para celebrarse. En un sentido más estricto, la forma es todo aquello que el Derecho exige por encima y además de la simple voluntad del promitente para que una promesa sea vinculante⁹⁴⁵. Por lo que normalmente cuando se habla del “requisito de forma” se está haciendo depender la existencia, eficacia o prueba del contrato a que se haya exteriorizado la voluntad de una manera concreta.

Generalmente la doctrina ha distinguido, en base a esta segunda acepción del término “forma”, los contratos formales y los contratos no formales, siendo estos últimos aquellos cuya validez, perfección y eficacia dependen únicamente de la existencia del consentimiento de los contratantes. Dentro de estos no será inusual encontrarnos con contrato verbales, que son los que se han convenido entre las partes oralmente, de palabra, sin que se formalicen ni consten en ningún soporte documental⁹⁴⁶.

Ninguna pega pone nuestro ordenamiento a este tipo de contratos, pues el art. 1278 CC permite que “los contratos sean obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”. Este precepto contiene el llamado “principio espiritualista”, tradicional en nuestro Derecho desde el Ordenamiento de Alcalá, según el cual se otorga validez cualquiera que sea la forma⁹⁴⁷. La forma verbal ha sido y continúa siendo la habitual en los contratos de escasa cuantía económica, e incluso en algunos de mayor entidad; el problema que han

⁹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO (2007 A), p. 287.

⁹⁴⁶ Otra cosa será probar su existencia, cuestión que se suele solventar mediante testigos, actos, hechos o documentos que, aún no siendo el contrato mismo, sí prueben que existe.

⁹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO (2007 A), pp. 290-291, para quien esta consagración de la libertad de forma, evidente progreso en el orden jurídico, favorece la libertad humana en general.

planteado históricamente es el de su prueba, hoy probablemente más fácil con los medios tecnológicos actuales.

3.2. LA FIRMA DE CONTRATOS A TRAVÉS DE LA VOZ

Si bien el art. 1278 CC propugna la libertad de forma en la contratación, el mismo CC establece dos excepciones: la de aquellos contratos a los que la ley exige una determinada forma, habitualmente una documentación escrita o notarial como requisito ineludible para que este quede celebrado, o la de aquellos otros en los que por voluntad de las partes el contrato no se formalice hasta que se suscriba un determinado documento⁹⁴⁸. Tanto en el primer caso como en el segundo podremos plantearnos la posibilidad de que la firma de dichos documentos sea a través de la voz.

La firma de contratos tradicionalmente se entendía únicamente como manuscrita, pero con los avances tecnológicos ya se permite no solo una firma digital –lo que sería un sustitutivo digital de la firma gráfica y manuscrita–, sino también la firma mediante técnicas de reconocimiento biométrico, como podrá ser aquella basada en la huella dactilar, en el iris del ojo, o en la voz. Así, ya se habla de la “huella vocal”, que permitirá que la “rúbrica” vocal quede integrada en un documento electrónico del mismo modo que una firma manuscrita se incorpora a un documento en papel⁹⁴⁹.

Lo que se consigue a través de esta firma, por tanto, es una identificación electrónica de la persona, de acuerdo con lo que el Reglamento UE núm. 910/2014 entiende por tal en su art. 3⁹⁵⁰: el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a dicha persona, y que en este caso se basan en su propia voz. Esta tecnología se apoya en la

⁹⁴⁸ Estamos siguiendo la clasificación de DIEZ-PICAZO (2007 A), pp. 292-308.

⁹⁴⁹ El Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, DOUE, L, núm. 257, de 28 de agosto de 2014, establece un marco jurídico para las firmas electrónicas.

⁹⁵⁰ *Vid.* nota anterior.

medición de parámetros fonéticos y morfológicos que hacen de la voz algo único para cada persona, al igual que la huella dactilar. Si bien es cierto que la voz varía ligeramente con el paso de los años, estos sistemas de firma, mediante la inteligencia artificial, irían aprendiendo estas pequeñas variaciones cada vez que el usuario emplease su voz. Se grabaría mediante un micrófono que llevase integrado el software que permite tal análisis de los parámetros de la voz⁹⁵¹.

Las pocas empresas que lo han implementado hasta el momento activan la firma del contrato por voz una vez que las partes han acordado contratar. Para ello se necesitará una plataforma que permita la “firma biométrica” por voz, donde la parte contratante graba su voz leyendo las condiciones del acuerdo y los datos personales. La grabación de la voz, junto con los parámetros biométricos de esta son incrustados a un documento PDF, cifrado y sellado, recibiendo el firmante, en ese mismo momento, una copia el documento en PDF con su firma vocal incrustada, de forma que se puede escuchar su voz y lo que ha firmado con ella, proporcionando así la misma capacidad probatoria con que cuente la otra parte contratante. Así, se vinculará cada firma con un único documento, garantizándose la identificación del firmante.⁹⁵²

Esta forma de contratación podrá ser a distancia, lo que como decimos ya se ha empezado a utilizar en el ámbito bancario, en el que el contratante y titular de la firma vocal podrá reconocerse *a posteriori* gracias al audio que incorpora la firma⁹⁵³. Se permitirá, así, la firma de

⁹⁵¹ Así lo explican en <https://www.diarioabierto.es/446441/rubricar-contratos-con-la-voz-identificando-al-usuario-esta-empresa-espanola-es-pionera-en-el-mundo-en-firma-por-voz-avanzada-a-distancia> [Fecha de última consulta: 27/3/2020]

⁹⁵² BERMÚDEZ BALLESTEROS (2019), p. 2.

⁹⁵³ Uno de los bancos pioneros en la contratación con firma vocal <http://www.altodirectivo.com/secciones/25457/banco-sabadell-pionero-en-la-firma-de-contratos-con-la-voz> [Fecha de última consulta: 27/3/2020]. La grabación original es encriptada y solo un tercero de confianza puede extraerla, lo que según la empresa propietaria de este software (Biometrix Vox) dice que garantiza la integridad e inviolabilidad de la muestra de voz. Sobre esto último <https://biometricvox.com/blog/general/validez-legal-del-contrato-por-voz/> [Fecha de última consulta: 27/3/2020].

contratos a distancia sin necesidad de presenciarse en una oficina bancaria; no obstante, se deberán cumplir los requisitos sobre la legislación de consumo cuando el firmante sea un consumidor, lo que sucederá en la mayoría de los casos. En consecuencia, será necesario que, tanto durante la fase previa a la firma como en la fase posterior, el empresario haya cumplido las obligaciones estipuladas por los arts. 97 y 98 TRLGDCU como por la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁹⁵⁴ y la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁹⁵⁵. Así, de forma previa a que el consumidor preste su consentimiento mediante su voz, la entidad bancaria deberá facilitarle la información relativa a las características esenciales de los bienes y servicios, su identidad, datos de contacto, precio, garantías, derecho de desistimiento, y demás requisitos establecidos en el art. 97 TRLGDCU. Esta información, que en este caso se facilitará en la conversación telefónica, deberá además remitir al consumidor a otro medio complementario para ampliar la información requerida, como podría ser la web de la entidad, o el envío por correo electrónico u ordinario de esta información⁹⁵⁶. Tras la firma del contrato, la entidad bancaria debe facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable, incluyendo la información precontractual del art. 97 TRLGDCU si no se hubiese facilitado antes

⁹⁵⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE núm. 166, de 12/07/2002).

⁹⁵⁵ Art. 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio (BOE núm. 166, de 12/07/2007); D.A. 9º del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE núm. 102, de 29/04/2019); arts. 10-13 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25/06/2011), especialmente arts. 10.6, 12.6 sobre comunicación a través de telefonía vocal.

⁹⁵⁶ BERMÚDEZ BALLESTEROS (2019), p. 4. Y en el supuesto de que sea el empresario quien contacte telefónicamente con el consumidor para celebrar un contrato, el art. 98.6 señala que deberá enviarle, antes de la firma, la oferta por escrito o en soporte de naturaleza duradera; el consumidor sólo quedará vinculado si acepta y envía la firma por escrito o mediante otro soporte duradero (correo electrónico, fax, sms, etc.).

en un soporte duradero. De lo contrario, el contrato podría ser anulado con base en la acción del art. 100 TRLGDCU⁹⁵⁷.

En definitiva, los contratos firmados mediante la voz deberán cumplir escrupulosamente con todos los requisitos de información previa y confirmación documental posterior, incluyendo el documento PDF resultado del proceso de firma por voz no solo la grabación de esta sino también los términos y condiciones del contrato celebrado⁹⁵⁸.

4. La voz en la fase de cumplimiento del contrato

4.1. Introducción: la voz como objeto de negocios jurídicos de disposición

Según el art. 1261 CC todo contrato precisa de un objeto cierto que sea materia del mismo, lo que se completa con los arts. 1271 y 1272 CC al desprenderse de ellos que pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera de comercio y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Este esquema encaja perfectamente en contratos como el de compraventa, el de depósito, el de seguro, etc. Pero puede presentar alguna dificultad cuando se aplica a tipos contractuales en los que su objeto no se ajusta a la idea de cosa o servicio, como podrá pasar con el contrato de cesión de créditos y demás derechos incorporales⁹⁵⁹. Este sería el caso de los derechos de la personalidad, que como ya hemos visto son derechos subjetivos, poderes jurídicos cuya titularidad ostenta una de las partes. No siendo, por tanto, cosas o servicios, esta categoría quizá encajaría mejor en la postura que defiende a la prestación como objeto del contrato⁹⁶⁰, o

⁹⁵⁷ Además de la normativa sobre consumidores, la entidad bancaria deberá cumplir escrupulosamente la normativa sobre protección de datos, dado que la utilización de estos sistemas de software implicará un tratamiento de datos personales, en este caso de la voz. Como ya dijimos en AMMERMAN YEBRA (2019), pp. 201-202, la voz es un dato biométrico, al igual que la imagen, cuestión que analizaremos en detalle en el ap. 2, cap. V.

⁹⁵⁸ BERMÚDEZ BALLESTEROS (2019), p. 5.

⁹⁵⁹ DÍEZ-PICAZO (2007 A), pp. 230-231, para quien entender que las cosas incluirían los derechos subjetivos sería presuponer un concepto amplísimo de cosa, lo que no ve admisible, defendiendo que cosas “son las realidades del mundo exterior”.

⁹⁶⁰ En este sentido, MESSINEO, citado por DÍEZ-PICAZO (2007 A), p. 232.

incluso la que prescinde de este requisito entendiendo que el acuerdo contractual suficiente hace innecesario el requisito del objeto⁹⁶¹.

Si volvemos sobre la identificación entre objeto y prestación, esta sería el comportamiento de una de las partes que tiene un valor económico y ofrece interés para la otra. Pero tampoco esta postura parece compartida por la mejor doctrina, quienes concluyen que como objetos del contrato deben admitirse las más variadas realidades, por lo que la enumeración de lo que puede ser objeto de un contrato no puede ser exhaustiva. Esta doctrina encuentra en el concepto de “bien” el más apropiado para englobar esta realidad, por lo que objeto de contrato serán aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes⁹⁶².

Habiendo alcanzado esta conclusión, puede decirse que varios derechos de la personalidad son bienes susceptibles de una valoración económica, cuestión que ya analizamos al hablar sobre el contenido patrimonial de ciertos derechos, y entre los que se encuentra la voz. Por tanto, está claro que estos derechos pueden ser objeto de un contrato en el sentido admitido por nuestra doctrina mayoritaria, al igual que otros bienes inmateriales como los derechos de propiedad intelectual e industrial⁹⁶³.

Así, tradicionalmente se ha hablado de contratos sobre bienes inmateriales, constituyendo los contratos de cesión de derechos de imagen los más usuales de entre los que pueden afectar a los derechos de la personalidad. Pero tampoco será inusual encontrar contratos de

⁹⁶¹ El requisito del acuerdo suficiente (*sufficient agreement*) es el que exigen los textos del moderno derecho de contratos como el PECL o el DCFR. Este requisito se acerca más a los sistemas de *common law* en donde tradicionalmente se ha exigido que exista suficiente certeza sobre los aspectos más relevantes que conforman el contenido del contrato (la llamada *certainty*). Vid. BEALE / FAUVARQUE-COSSON / RUTGERS / VOGENAUER (2010), pp. 319-333.

⁹⁶² DIEZ-PICAZO (2007 A), p. 234, descartando, por difusa, la idea de BETTI de “interés” como concepto unitario para nombrar la realidad que puede constituir el objeto de un contrato.

⁹⁶³ Así lo entienden BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4614 y PALACIOS GONZÁLEZ / PLACER SÁNCHEZ (2014), p. 59, respecto de la imagen, voz y nombre.

“cesión de derechos de imagen y voz”, o incluso solo de “cesión de derechos de voz”.

La doctrina ha calificado estos acuerdos como contratos atípicos, al menos en lo que afecta a su tipicidad legal, pues ninguna ley ha abordado específicamente los bienes en cuestión –ni a la imagen ni a ningún derecho de la personalidad, y menos a la voz – desde la perspectiva negocial, sino más bien desde la perspectiva de protección de derechos fundamentales⁹⁶⁴. Únicamente en el art. 7.6 LO 1/1982 se hace referencia a la utilización publicitaria o comercial de la imagen, nombre y voz, pero sin regular ningún aspecto sobre cómo materializar dicho uso desde el punto de vista del contrato.

La situación de desregulación ha provocado la aplicación por analogía, auspiciada por parte de un sector doctrinal, del régimen establecido en la LPI⁹⁶⁵ o en el norteamericano *right of publicity*⁹⁶⁶. Pero antes de pasar al análisis concreto del régimen jurídico de estos contratos, que veremos en el apartado 5 de este capítulo, debemos analizar los casos en los que la voz se presenta como la prestación principal de un contrato.

4.2. La voz como prestación principal del contrato

La voz podrá ser la prestación principal de un contrato de doblaje, o del que firme una afamada cantante de ópera con una discográfica, o del que preste su voz para un asistente virtual, entre otros muchos tipos.

⁹⁶⁴ Para BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4606, la LO 1/1982 no se preocupa de regular un mercado de bienes inmateriales, sino solo de que no se lesionen los bienes de la personalidad desde su perspectiva de derechos fundamentales. Por otra parte, en el Derecho comparado, GISCLARD (2014), p. 19, hace notar que las licencias otorgadas sobre los derechos de la personalidad en la mayoría de los ordenamientos no son “contratos ordinarios” (*ordinary contracts*), pues la personalidad no es un bien típico, ya que presenta aspectos morales y patrimoniales (que este autor, al igual que nosotros, entiende insertos en un mismo derecho).

⁹⁶⁵ AMAT, citado por BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4606, mientras que para este último la LPI se podría tomar como modelo para construir el régimen contractual asociado a la imagen, pero no aplicarse por analogía ya que en principio los derechos exclusivos no pueden crearse por analogía

⁹⁶⁶ Entre otros, IGARTUA ARREGUI (1991), *passim*; AZURMENDI ADARRAGA (1997), p. 45.

Pero creemos que, al igual que sucede con la imagen, será necesario distinguir, por un lado, la prestación consistente en el *facere* (la sesión de grabación) que se instrumentalizará bien a través de un contrato laboral, bien de uno civil de servicios (que puede ser de obra) y, por otro, la cesión del derecho de voz implicado en el resultado de la sesión de grabación.

La diferenciación que acabamos de señalar nos parece fundamental para que se logre una correcta delimitación de los derechos cedidos tanto por los actores de voz como por los artistas u otras personas con contratos similares, pues aunque actualmente se suele poner el foco solo en la primera de las cesiones/contratos, creemos que un mejor reconocimiento del derecho a la voz facilitará que a través de los segundos se consiga valorar adecuadamente la voz prestada –cuyo valor económico, recordemos, no dependerá solo de las características morfológicas de la voz, sino también de lo reconocible que sea o de la popularidad que ostente su titular–, e impedir usos in consentidos de esas grabaciones que excedan de lo verdaderamente pactado. En otras ocasiones, el contrato tendrá como único objeto la voz (apartado 4.2.3.). A continuación, analizaremos los sectores en los que más frecuentemente se darán estas situaciones

4.2.1. *El sector musical*

En el ámbito artístico, el art. 107 LPI concede al artista no solo el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones, sino que también podrá transferir, ceder o conceder una licencia contractual de este derecho. El artista podrá, así, otorgar una cesión o licencia que tenga por objeto su derecho de reproducción⁹⁶⁷. Pero a salvo de esta disposición, nada más se dice, en general sobre los contratos de cesión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas, y en particular, se nota la falta de un tratamiento sistemático de

⁹⁶⁷ Proclamación que SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1588 tacha de probablemente innecesaria, pues como todo derecho patrimonial, es susceptible de ser transmitido o cedido a otro sujeto; mientras que habría sido mucho más práctico que incluyese una regulación propiamente dicha de los contratos de licencia o cesión que los artistas celebran con los productores, y en general cesionarios, a quienes transmiten su derecho de reproducción.

los contratos que sirven para que los artistas articulen la transmisión no solo de este derecho de reproducción, sino del resto de sus derechos de propiedad intelectual a favor de productores, organizadores de espectáculos u organismos de radiodifusión⁹⁶⁸. Por supuesto, nada se dice tampoco sobre los derechos de la personalidad (particularmente imagen y voz) que podrían estarse cediendo en estos contratos a la par que los derechos de propiedad intelectual.

4.2.1.1. El principio de remuneración adecuada y proporcionada y el mecanismo de adaptación de contratos

En este último ámbito, el de la propiedad intelectual, compartimos la opinión de la doctrina de que la falta de regulación de estos derechos supone “un efecto no deseado” del legislador, debido a la escasa expansión que en su día tenían los contratos celebrados por los artistas⁹⁶⁹. Hoy ya no se puede sostener la menor importancia que pueden tener los contratos de los artistas, y creemos que parte de esta laguna previsiblemente se solventará con la trasposición de la Directiva (UE) 2019/790 que, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, presenta un título IV en el que, entre otras novedades, trata aspectos relacionados con el Derecho contractual primario de autor, esto es, las reglas generales relativas a los instrumentos de transmisión de derechos entre un cedente y un cesionario con vistas a articular la explotación del objeto de que se trate⁹⁷⁰.

Como premisa, debemos partir de que los autores y los artistas suelen ocupar la posición débil cuando ceden contractualmente sus derechos de explotación a cambio de una remuneración⁹⁷¹. Este hecho ya fue puesto de manifiesto por el TS hace más de dos décadas, declarando que las normas de la LPI han de interpretarse de acuerdo

⁹⁶⁸ SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 107, comparándolo a lo que en el ámbito de los autores representarían las normas sobre el contrato de edición o el de representación teatral, que a diferencia de lo que sucede con los contratos de cesión de derechos de los artistas, sí están previstos en los arts. 58-73 y 74-85 LPI respectivamente.

⁹⁶⁹ SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 108.

⁹⁷⁰ SÁNCHEZ ARISTI / OYARZABAL OYONARTE (2019), p. 39.

⁹⁷¹ En especial cuando se trata, por ejemplo, de grandes discográficas. El panorama podría cambiar cuando estemos ante pequeños productores, o ante asociaciones sin ánimo de lucro que contraten a los artistas.

con el principio *pro auctore*. Los arts. 46 y 47 de la LPI son los que más se encuadran en este “loable propósito” del legislador de proteger los intereses económicos de los autores⁹⁷². La nueva Directiva (UE) 2019/790 no solo no se olvida de este propósito, sino que explícitamente lo extiende a los artistas, algo que nuestra ley estatal, como veremos, pasa por alto. En su considerando (72) menciona la especial protección que se debe otorgar a ambos grupos de creadores para que puedan gozar con plenitud de todos los derechos que esta Directiva intenta armonizar.

Como decimos, en nuestro ordenamiento son los arts. 46 y 47 LPI los que se encargan de proteger los intereses económicos del autor, pero no encontramos, por el contrario, artículos análogos en sede artística, cuestión que deberá solventar el legislador a la luz de la nueva Directiva. Así lo entiende también la doctrina que se ha pronunciado hasta el momento. Las normas sobre derecho contractual primario de propiedad intelectual con las que contamos hasta el momento se limitan a los autores (arts. 43 a 57 LPI), por lo que la transposición de la Directiva obligará a extender, cuando menos, dichas normas a los artistas, que apenas disponen de este tipo de normas en el Libro II⁹⁷³.

De las medidas que esta propone, dos nos interesan más, pues son las que se encuentran directamente relacionadas con los mencionados arts. 46 y 47 LPI: el principio de remuneración adecuada y proporcionada y el mecanismo de adaptación de contratos⁹⁷⁴.

Sobre el primer aspecto, actualmente, el art. 46 LPI, titulado “remuneración proporcional y a tanto alzado”, establece en su primer párrafo una regla imperativa que atribuye al autor una participación proporcional en los ingresos, y una excepción a dicha regla autorizando

⁹⁷² TORRES LANA (2017), p. 902, citando las dos SSTs núms. 880/1999 y 881/1999 de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/ 8165 y RJ 1999/8167).

⁹⁷³ SÁNCHEZ ARISTI / OYARZABAL OYONARTE (2019), pp. 39-43.

⁹⁷⁴ Las otras tres medidas previstas son la obligación de transparencia (art. 19), un procedimiento alternativo de resolución de litigios (art. 21) y un derecho de revocación (art. 22), siendo las dos primeras también imperativas.

la remuneración a tanto alzado en algunos casos tasados⁹⁷⁵. La imperatividad de la norma se extrae no del propio precepto 46 LPI, sino del art. 55 LPI (“salvo disposición de la propia ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables”). Y que se considere esta norma un “beneficio” lo dice el preámbulo de la LPI, al establecer como tal “el derecho de participación proporcional de los ingresos derivados de la explotación de la obra”. La política de moral económica que subyace a esta norma es que lo justo es que el autor se encuentre asociado al éxito o fracaso que tenga su obra entre el público⁹⁷⁶.

Por su parte, es el art. 18 de la Directiva 2019/790 el que se refiere al principio de remuneración adecuada y proporcionada, disponiendo que la remuneración que reciban los autores y artistas cuando concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras o prestaciones, debe ser adecuada y proporcionada (equilibrio económico del contrato), aunque sin perjuicio del principio de libertad contractual y garantizando el justo equilibrio entre derechos e intereses (equilibrio jurídico del contrato). Que la remuneración sea adecuada dependerá de la contribución del autor o artista al conjunto de la obra o prestación, a las prácticas de mercado o a la explotación real de la obra. Y que sea proporcionada debe ponerse en relación con el valor económico real o potencial de los derechos cedidos, pero no significa que siempre deba pactarse una cantidad proporcional a los beneficios obtenidos, pues podrá también ser a tanto alzado, método este último que solo entrará en juego en los casos previstos por las legislaciones estatales.

En segundo lugar, sobre el mecanismo de adaptación de contratos, actualmente es el art. 47 LPI el que permite que se revise el contrato restableciéndose la conexión entre los intereses de las partes, y que no sea solo el cesionario quien se aproveche del éxito de la obra; para algunos se trata de una previsión basada en la prohibición del

⁹⁷⁵ Vid. CABEDO SERNA (2011), pp. 375 y ss. Para un estudio exhaustivo de la remuneración proporcional y a tanto alzado en el ámbito de los derechos de autor,

⁹⁷⁶ CABEDO SERNA (2011), p. 453.

enriquecimiento sin causa⁹⁷⁷, aunque también podemos pensar en su relación con el cambio de las circunstancias tomadas en consideración por las partes al contratar. Si atendemos a la dicho ahora por el art. 20 Directiva 2019/790⁹⁷⁸, que dispone que los autores y artistas intérpretes o ejecutantes deben tener derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones, ya nada impide que se aplique este mecanismo también a los artistas.

Como vemos, el art. 20 Directiva 2019/790 no subordina la posibilidad de pedir la revisión a que la remuneración hubiera sido pactada a tanto alzado, como sí sucede en el art. 47 LPI, sino que admite que la desproporción pueda darse también en los casos en los que se haya pactado una remuneración proporcional. Además, según la doctrina, el criterio para determinar si existe o no desproporción incluye un espectro de ingresos superior al que parece desprenderse del art. 47 LPI⁹⁷⁹. Y, por último, la Directiva no somete el ejercicio del derecho a un plazo máximo de ejercicio, facultando también a que el autor o artista se dirija frente a los derechohabientes del cesionario⁹⁸⁰.

Dicho todo lo anterior, lo cierto es que hasta que se empiecen a aplicar las normas de la Directiva, la atipicidad de estos contratos hará que sean los usos del sector los que determinen muchos de sus aspectos, además del recurso a normas generales del Código civil en sede de

⁹⁷⁷ TORRES LANA (2017), pp. 902-917.

⁹⁷⁸ Los arts. 18-22 de la Directiva recogen, “de manera inédita”, en palabras de SÁNCHEZ ARISTI / OYARZABAL OYONARTE (2019), p. 39, “la parte general del Derecho contractual primario de la propiedad intelectual, es decir, las reglas generales relativas a los instrumentos de transmisión de derechos entre un cedente y un cesionario con vistas a articular la explotación del objeto de que se trate”, algo nada usual para el legislador europeo.

⁹⁷⁹ SÁNCHEZ ARISTI / OYARZABAL OYONARTE (2019), pp. 42-43.

⁹⁸⁰ Cuestión que, a la luz de la actual legislación, los tribunales seguían negando, véase la STS (Sala 1) 298/2016 de 5 de mayo (RJ 2016/2453), especialmente FJ. 22.

obligaciones y contratos⁹⁸¹. Todo ello sumado a que muchas veces se tratará de contratos mixtos, bien civiles en los que junto a la cesión de derechos de propiedad intelectual –y probablemente también de derechos de imagen y voz– se celebre un contrato de servicios; bien se combine la susodicha cesión (o cesiones) con una prestación laboral en muchas ocasiones intermitente. Permítanos decir que, con el panorama actual de crisis profunda que sufre el sector debido a la pandemia de la Covid-19, dudamos que esta Directiva tenga una pronta implantación. Por lo de pronto, y aunque excediéndonos de lo tratado en este apartado, nos conformaríamos con que se garantizase, por parte de los poderes legislativo y ejecutivo, el cumplimiento del principio *pro auctore* o *pro artista*, impidiendo que estas personas que conforman el eslabón tan importante de cohesión social que supone la cultura, se vean abocadas a una crisis económica sin precedentes⁹⁸².

4.2.1.2. La cesión de los derechos de imagen, nombre, ¿y voz?

Simultáneamente a la cesión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas a sus productores o discográficas, es frecuente que se ceda también la explotación de la imagen y del nombre del artista, atributos entre los que, aunque con menor frecuencia, también se incluye la voz⁹⁸³. Y es que, por ejemplo, en el caso de la imagen del

⁹⁸¹ Para SÁNCHEZ ARISTI (2017), p. 1558, quien ve aplicables preceptos como los arts. 1255 y 1256 CC. Los usos artísticos de los que habla este autor (p. 1589), serían los que determinen el tiempo de vinculación entre las partes, las prestaciones concretas que asuma el artista, las prohibiciones de no hacer incluso una vez finalizado el contrato, la concreción de las obligaciones del cesionario en lo que se refiere al deber de explotar las interpretaciones artísticas, o las posibilidades de desvincularse del contrato cuando este se ha estipulado como indefinido.

⁹⁸² Al momento de redacción de estas líneas, mediados de abril de 2020, las esperanzas que tenemos de que se logren unas medidas específicas destinadas a paliar la crisis en el sector cultural, son mínimas. Como triste muestra de ello, compárese la falta de toda iniciativa por parte del Ministerio de Cultura español, con las medidas ya adoptadas por los homólogos ministerios alemán y francés, por poner solo dos ejemplos. Sobre el primero, pueden consultarse las últimas medidas económicas publicadas, de 7 de abril de 2020, aquí: <https://www.kuenstlersozialkasse.de/die-ksk/meldungen.html>

⁹⁸³ Los contratos que, en el mundo de la industria musical, engloban un conjunto de actividades o prestaciones vinculadas con el trabajo del músico, se vienen denominando como “contratos 360 grados” o “modelo de negocios 360” (*Vid.*

artista, esta ya no se utilizará solo para la portada del disco, sino que con las nuevas tecnologías han surgido innumerables usos como mensajes multimedia, dedicatorias, descargas de fotografías o concursos que utilizan como reclamo la imagen de los artistas. Por lo que la doctrina entiende que ya no estamos ante un uso de la imagen únicamente como vehículo de promoción y publicidad de las grabaciones, sino sobre todo como un importante producto en sí mismo que mediante la promoción musical encuentra un momento idóneo para la generación de beneficios⁹⁸⁴.

En nuestra opinión, con el derecho de voz sucede lo mismo. Creemos que, en todo caso, deberá hacerse constar también el alcance de la cesión del derecho de voz del cantante. La cláusula que contemple esta cesión, como veremos más adelante, deberá delimitar lo más nítidamente los usos concretos que se podrá hacer de las grabaciones del artista. Así, se evitarán situaciones como las comentadas previamente en casos, especialmente sonados en el ordenamiento estadounidense, en los que los artistas ven utilizadas sus canciones, por ejemplo, en anuncios publicitarios. Sobre esta cesión del derecho de voz, ya sea hecha en documento aparte, ya se establezca en una cláusula de un contrato de cesión de los derechos de propiedad intelectual, ya en el seno de un contrato laboral o de servicios, hablaremos en el apartado quinto.

4.2.2. *El sector del doblaje*

Un caso paradigmático que claramente se vería beneficiado por esta nueva interpretación de los arts. 46 y 47 LPI a la luz de la Directiva es el de los actores de voz –aquellos que doblan en una lengua extranjera, supuesto que debemos diferenciar del previsto en el art. 113.2 LPI⁹⁸⁵–, donde la voz del doblador es el único instrumento que se pone al servicio de la obra, elemento sonoro que deberá interpretar las

MARTÍN QUIÑA (2014), pp. 4-7). Estos implican que la compañía participa y en muchos casos se beneficia de otras actividades del músico profesional además de la mera producción discográfica, incluyendo también el *merchandasing* o los aquí estudiados derechos de imagen, voz y nombre.

⁹⁸⁴ GARZÓN VICENTE / DE LACALLE BAIGORRI (2008), pp. 633-634.

⁹⁸⁵ *Vid.* ap. 3.2.1, cap. V.

emociones de un personaje al que otro actor ha dado antes forma a través de su interpretación. Y es que muchos dobladores profesionales están viendo cómo sus sueldos como actores de voz de personajes de superproducciones cinematográficas son irrisorios en comparación con los ingresos que estas generan⁹⁸⁶. Esta problemática es similar a la de otros dobladores europeos, que en algún caso sí han logrado cierto avance en el reconocimiento de sus derechos, con base en el derecho del autor a obtener una remuneración equitativa cuando existe una evidente desproporción entre la remuneración acordada y los ingresos derivados de la obra en cuestión⁹⁸⁷.

En nuestro país, el sector del doblaje siempre ha gozado de una tradición notable, si bien no correspondida en lo que se refiere a la remuneración de los dobladores⁹⁸⁸. Actualmente se señala que el

⁹⁸⁶ Actualmente se rigen por convenios, diferentes en cada Comunidad Autónoma, en los que la remuneración es por sesiones de grabación, sin tener en cuenta los ingresos que la obra en concreto va a producir. Además, frecuentemente se solicita que cedan sus derechos de voz para otros productos, como *trailers* o juguetes de los personajes, por cantidades exiguas (entre 50 y 300 euros), cuando los ingresos por esos productos son de millones de euros. Sobre la controversia, “Woody (Toy Story) se queda sin voz” *vid.* https://elpais.com/cultura/2019/04/13/actualidad/1555161737_920946.html [Fecha de última consulta: 07/12/2019]

⁹⁸⁷ Este fue el caso del actor de doblaje Marcus Off, que pone voz al personaje de Jack Sparrow en la versión alemana de Piratas del Caribe, y que demandó a la empresa encargada del doblaje con base en el § 32 a) de la Ley de Derechos de Autor alemana (UrhG), que prevé que cuando la remuneración acordada claramente no es equitativa, se concede al autor el derecho a exigir al otro contratante la modificación del contrato, de forma que se garantice esa remuneración equitativa (Sentencia de la *Kammergericht Berlín*, de 1 de junio de 2016). En Alemania no se ha adoptado un sistema general en materia de remuneración del autor concretado en la participación proporcional. En este país las partes tienen libertad a la hora de pactar la modalidad remuneratoria, pero se establece el derecho a exigir en la fase de ejecución del contrato indemnizaciones suplementarias en caso de desproporción manifiesta entre lo convenido y los beneficios obtenidos con la explotación de la obra CABEDO SERNA (2011), pp. 333-374; SERRANO-FERNÁNDEZ (2012), pp. 29-30. Así, lo que se establece es el derecho del autor a percibir una “remuneración equitativa por la explotación de la obra” (*angemessene Vergütung für die Werknutzung*) en el § 11 UrhG.

⁹⁸⁸ De hecho, durante la crisis sanitaria de la Covid-19, este sector, como muchos otros, ha tenido que suspender su actividad, situación de la que muchos nos percatamos al observar cómo los nuevos capítulos aparecidos durante la peor fase de

doblaje de películas es el más barato de entre los países de la Unión Europea en los que hay tradición de doblar⁹⁸⁹. Por otro lado, las diferencias se suceden entre las distintas Comunidades Autónomas, pues no se dispone de un convenio a nivel estatal que regule el sector del doblaje⁹⁹⁰. En Madrid, quizá la comunidad con mayor tradición y bagaje normativo, disponen del II Convenio Colectivo de profesionales del doblaje y sonorización de la Comunidad de Madrid (Rama Artística). Pero como todo convenio, regula las relaciones laborales de los trabajadores de las especialidades que integran la Rama Artística del Doblaje y la Sonorización con las empresas que realicen el doblaje y sonorización de las obras audiovisuales. Es decir, se aplicará a la hora de formalizar contratos laborales cuya prestación sea el doblaje de una obra audiovisual, pero nada dice sobre la cesión específica del derecho de voz del doblador, lo que debería, en nuestra opinión, o bien formalizarse en documento aparte, o bien constituirse como un contrato mixto, lo que facilitaría en gran medida la delimitación del uso que el cesionario puede hacer de la voz del doblador.

4.2.3. *Casos en donde la voz es el objeto único del contrato*

Al contrario de lo que acontece en los dos supuestos anteriores, hay ciertos casos en los que el único objeto cedido es la voz. Sería el caso de la contratación de una persona para poner voz a los anuncios de las paradas de un medio de transporte, o para realizar las grabaciones de

esta crisis, solo estaban disponibles en su versión original. En estos días ya se prevé que se retome la actividad: <https://fueraleseries.com/doblaje-series-espana-protocolo-coronavirus-78299f2091b1> [Fecha de última consulta: 10/05/2020].

⁹⁸⁹ Estudio del Instituto de la Cinematografía y las Artes Visuales, elaborado entre 2016-2017 por la consultora Telinken, y citado en <http://escueladedoblajedemadrid.com/blog/espana-ofrece-el-doblaje-mas-barato-de-los-grandes-paises-de-la-ue/> [Fecha de última consulta: 07/03/2020]

⁹⁹⁰ Cuestión que trató de solventar la creación, en el año 2012, de la Federación Española de Profesionales del Doblaje y la Sonorización, formada por ADOMA (Asociación de Actores de Doblaje de Madrid), APRADOGA (Asociación de profesionais da rama artística da dobraxe de Galicia), AEPSA (Asociación Española de Profesionales de la Sonorización Audiovisual), FAEE (Federación de Artistas del Estado Español), OSAAEE (Organización de Sindicatos de Actores y Actrices del Estado Español) y La General de Locutores. Pero hasta la fecha no se ha conseguido todavía firmar tal convenio estatal.

los llamados “asistentes virtuales de voz”, tales como *Siri*, *Cortana* y *Alexa*⁹⁹¹. O incluso para la publicidad de cualquier anuncio en el que no se requiera ningún tipo de interpretación que pueda ser considerada como artística.

En estos casos no entrarían en juego los derechos de propiedad intelectual del titular de la voz, pues ni estaríamos ante una obra protegible por la LPI, ni por tanto el titular podría ser considerado creador o artista. Así sucedió, de hecho, en el ya comentado caso “*metro de Barcelona*”, en el que la AP de Barcelona condenó a la empresa de metro de la ciudad condal al pago de una indemnización al locutor que, años atrás, había realizado unas grabaciones pero que no fue informado del uso que se le darían años después⁹⁹². Como vimos, el tribunal consideró vulnerado el derecho a la propia imagen del titular de la voz, cuando lo propio habría sido declarar vulnerado su derecho a la voz.

A continuación, esbozaremos las principales características que deberán presentar estos contratos o cláusulas de cesión de derechos de voz, ayudándonos de las soluciones dadas hasta el momento en el Derecho comparado para la disposición de los derechos de la personalidad incorporal.

⁹⁹¹ La persona detrás de la “voz española” de *Siri* no supo que su voz iba a ser utilizada para el asistente virtual de *Apple* hasta que, por casualidad, la escuchó durante la emisión de un programa de televisión en el que hicieron uso del asistente. Ella había trabajado para una empresa en la que hacía grabaciones para conversores de texto a voz, pero no fue contratada directamente por *Apple*, aunque sí que conoció al ingeniero que creó a *Siri*, quien muy ilustrativamente le dijo “Las primeras *Siris* os lleváis la fama, las siguientes el dinero” (la entrevista se puede consultar en https://cadenaser.com/programa/2019/10/03/a_vivir_que_son_dos_dias/1570110075_968965.html) [Fecha de última consulta: 07/03/2020]. Lo cierto es que esta frase, desde el punto de vista jurídico, podría ser cuestionable si hiciésemos una analogía con lo dicho en el art. 47 interpretado conforme al art. 20 de la Directiva (UE) 2019/790.

⁹⁹² SAP de Barcelona (secc. 15ª), de 10 de septiembre de 2003 (AC 2004/289).

5. La disposición contractual de la voz

La disposición de la voz por medio de contrato se encuadrará en los denominados contratos sobre bienes inmateriales, que como ya hemos destacado son contratos atípicos. Esta atipicidad legal es la que ha generado, también en el Derecho comparado, sonadas diferencias en su conceptualización por la doctrina. A su estudio dedicaremos las próximas páginas, para a continuación, y haciendo uso de algunas soluciones aportadas por dicha doctrina comparada, esbozar un régimen de cesión de los derechos de voz.

5.1. La disposición contractual de los derechos de la personalidad en la doctrina comparada

5.1.1. La doctrina italiana

El tradicional principio de inalienabilidad de los derechos de la personalidad que, al igual que en el Derecho español, impera en otros como el italiano, parece excluir todo fenómeno de transmisión de estos derechos. Esta dificultad es superada por la tesis dualista, pero que como ya expusimos, ni nosotros ni la doctrina italiana con la que concordamos defiende, debido a “la fragilidad de cualquier distinción clara entre la esfera de los intereses patrimoniales y no patrimoniales”⁹⁹³.

En esta línea, RESTA niega que se puedan constituir en este ámbito contratos con efectos traslativos, pero admite que sí puede darse una adquisición “derivativa-constitutiva” –contrato al que califica de “variante menor” del contrato con efectos traslativos–. La característica principal de estos contratos es que el derecho que se cede no se extingue para el disponente, sino que solo se limita. Dado que se establece una relación de correlación, limitación e influencia recíproca entre las dos posiciones jurídicas, asegurándose la continuación de un poder de control sobre las modalidades de utilización del derecho derivado, el esquema del negocio derivativo-constitutivo se adapta, para este autor, al problema de la “circulación” de los derechos de la personalidad⁹⁹⁴.

⁹⁹³ RESTA (2005), pp. 346-347 y de nuevo en (2014), p. 114.

⁹⁹⁴ RESTA (2005), p. 335-336.

En este sentido, el contrato de licencia permite, por un lado, atribuir a la contraparte una posición estable, de duración y extensión variables según el contenido concreto del acuerdo, aunque dotada de protección *erga omnes*, al menos cuando se contiene en él una cláusula de exclusividad. Y, por otro lado, se garantiza la salvaguarda de los intereses del disponente y titular de los derechos, de un núcleo intangible de prerrogativas, adecuado para asegurar que el uso de los atributos en cuestión se realice dentro de los límites establecidos por el contrato y con respeto a los valores de la persona⁹⁹⁵.

Ahondando en la concepción unitaria de los derechos de la personalidad, queda claro que cualquier acto de disposición relativo a estos atributos, aunque se refieran a su función patrimonial, puede reflejar negativamente la dimensión existencial de la persona. Por ejemplo, es probable que muchas formas de explotación económica perjudiquen la reputación o, al menos, que influyan en la forma en que se construye públicamente la identidad. Por consiguiente, RESTA considera demasiado simplista el argumento según el cual, cuando se decide libremente recurrir al instrumento contractual para la cesión de estos derechos, las normas aplicables son las ordinarias, sin modificaciones. Por el contrario, entiende, con base en el precepto positivo de la protección de los derechos fundamentales de la persona (que puede extraerse de fuentes internas y supranacionales, refiriéndose en particular, al art. 1 de la Carta de Derechos de la UE sobre que la dignidad humana debe ser "respetada y protegida"), que el derecho de contratos debe adaptarse al sistema de valores constitucionales y que han de establecerse premisas adecuadas para combinar el respeto de la lógica de la negociación con la naturaleza personal de las prestaciones en cuestión⁹⁹⁶. Así, este autor resume en dos las técnicas de control sobre este tipo de contratos, la primera referida a la licitud de su contenido y la segunda de carácter procedimental.

Empezando por la primera de ellas, se trataría de controlar la legalidad del contrato de conformidad con los artículos 1343 y 1418 del

⁹⁹⁵ RESTA (2005), pp. 336-343.

⁹⁹⁶ RESTA (2014), pp. 114-115.

Código civil italiano⁹⁹⁷. Básicamente se trataría de garantizar, por obvio que parezca, el respeto de la dignidad humana como límite a cualquier contrato cuyo objeto sean los derechos de la personalidad. Si bien es cierto que este control actuaría en casos límite, no lo es menos que estos supuestos sí existen, como los contratos celebrados por los participantes de ciertos *reality shows*, en los que ceden su imagen y voz para que sea difundida en cualquier momento y situación⁹⁹⁸.

En segundo lugar, RESTA se refiere a las técnicas de control de carácter procedimental e inspiradas en la lógica del "paternalismo débil", y que se concretarían en tres subcontroles: por un lado, el de los requisitos de determinación del objeto del contrato; por otro, la adopción de un criterio de interpretación restrictivo del contrato; y, por último, la admisión de un derecho de retractación por motivos legítimos.

El primero de ellos se refiere a que todo contrato relativo a estos derechos debe permitir discernir de manera suficientemente precisa cómo este interfiere en la esfera de la personalidad. No sólo el tipo de atributos en cuestión que se está cediendo (nombre, imagen, voz, etc.), sino también el contexto y el propósito de la utilización deben conocerse de antemano, de modo que la persona pueda evaluar *ex ante* las consecuencias exactas de su acto de disposición y tomar así una decisión efectivamente informada⁹⁹⁹.

El segundo implica que, incluso en presencia de cláusulas y contenidos amplios y potencialmente abarcadores, el contrato no se interpreta literalmente, sino de manera que solo se logre la transferencia de poderes instrumentales para la consecución del propósito para el que

⁹⁹⁷ El art. 1343 *Codice civile* se refiere a la causa ilícita, como aquella contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres; y el art. 1418 se refiere, en general, al contrato nulo por ilicitud de causa, motivo u objeto.

⁹⁹⁸ RESTA (2014), p. 117, refiriéndose a casos que normalmente ya generan controversia en la opinión pública. En la doctrina portuguesa también es de esta opinión GUIMARÃES (2017 C), p. 427, aunque actuando como límite no tanto la dignidad sino el orden público, en aplicación del art. 81.1 CC portugués.

⁹⁹⁹ A lo que habría que añadir, RESTA (2005), pp. 342-343, que se presume que es *intuitu personae* y no es transferible a terceros sin el consentimiento del disponente.

fue orientado teleológicamente. Por lo tanto, las cláusulas que incluyen frases como "la cesión del derecho de imagen [por poner el más usual] en todos los sectores del mercado y de todas las formas técnicas, conocidas y desconocidas en el momento de la celebración del contrato" no pasarían este control. De todas formas, en lugar de anularse todo el contrato recurriendo a la regla de invalidez, el autor propone como más prudente y conforme al sistema (en concreto, según el art. 1367 CC italiano¹⁰⁰⁰) limitar el efecto del contrato al otorgamiento solo de los poderes necesarios para la realización de su función económica primaria. Y es que la declaración de nulidad total del contrato debería aplicarse únicamente como último recurso¹⁰⁰¹.

Finalmente, un último control exigirá que el intérprete del contrato encuentre el justo equilibrio entre la necesidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos –incluso aunque sea contraria a la obligación contractual libremente asumida por ellos– y la de mantener la fiabilidad y certeza de lo pactado. Y es que podrán darse situaciones difíciles en las que haya un conflicto entre lo estipulado por contrato (contrato que "fija" una imagen –entendida en sentido amplio– específica de la persona y exige el respeto de la misma, independientemente de los acontecimientos que afecten a la personalidad una vez celebrado el contrato) y el desarrollo que esta persona puede después experimentar (por ejemplo, cuando el cambio de opinión política o religiosa pueda afectar a lo pactado). En estos casos, si el contrato era por tiempo indefinido, esta doctrina no ve problema en que se pida su extinción, invocando el principio de *recedibilità* de los contratos de ejecución continuada sin plazo final. En cambio, si se trata de un contrato de duración determinada, el asunto será más complejo, pues el respeto a la autonomía privada supondría que se mantuviera la eficacia vinculante del contrato durante el tiempo pactado. Así y todo, reconoce que se podría acudir a un derecho de desistimiento por motivos legítimos, sujeto al pago de una

¹⁰⁰⁰ Art. 1367 *Codice civile*: “*Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*”.

¹⁰⁰¹ RESTA (2014), pp. 118-119.

indemnización, a semejanza del modelo presente en los derechos de autor, donde este puede solicitar la retirada de una obra del mercado por graves razones morales. Sin embargo, esta solución debe darse, para RESTA, solo para los casos más graves de daño a los intereses fundamentales y a la dignidad de las personas, en los que el mantenimiento del vínculo contractual es objetivamente inviable para el titular del derecho. Caso paradigmático sería el de la re-publicación de fotografías del desnudo de un modelo que se remontan a una etapa previa y lejana de su actual carrera, cuestión que sí ha llegado a los tribunales, pero que según este autor se ha enmascarado bajo la “vetusta fórmula del consentimiento revocable”, algo que nos dará que pensar a la hora de analizar el régimen español¹⁰⁰².

5.1.2. *La doctrina portuguesa*

En el Derecho portugués la doctrina entiende que, aunque el derecho general de la personalidad es abstractamente ilimitado, en la práctica aparece limitado por varios factores¹⁰⁰³. El primero, las concretas proyecciones que tiene, pues para apreciar una lesión debe concretarse cuál es el bien violado¹⁰⁰⁴; el segundo, lo que llama “las exigencias de la vida en común”, es decir, la adecuación social de una conducta (lo que aquí serían los “usos sociales”); el tercero, la ponderación de los intereses en juego, que se logra valorando las circunstancias del caso y prevaleciendo aquel interés menos gravoso; y el cuarto, que es aquí el que más nos interesa, el consentimiento del ofendido, que podrá determinar la inexistencia de lesión (exclusión del hecho) o la justificación de ella (justificación del hecho). A este respecto, distinguen tres tipos de consentimiento, a saber: un

¹⁰⁰² RESTA (2014), pp. 120-121.

¹⁰⁰³ DE CARVALHO (2012), pp. 202 y ss.

¹⁰⁰⁴ Aunque DE CARVALHO no habla de los concretos derechos especiales de la personalidad en este momento, entendemos que se está refiriendo también a ellos cuando habla de “concretar” en zonas/proyecciones o bienes este derecho general, aunque sin limitarse a ellos, pues en el derecho general de la personalidad cabrían otros aun no expresamente reconocidos. Así se desprende de la descripción que hace de los derechos especiales de la personalidad como “*formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade*”, lo que significa que no agotan esa tutela, siendo el derecho general de la personalidad su derecho matriz. DE CARVALHO (2012), p. 206.

consentimento tolerante, que no atribuiría un poder de agresión pero justificaría la misma, con base en el art. 340.1 CC portugués; un *consentimento autorizante*, constitutivo de un compromiso jurídico *sui generis* que atribuiría al otro un poder de agresión con base en el art. 81.2 CC portugués; y un *consentimento vinculante*, que originaría un “compromiso jurídico auténtico” en forma de contrato¹⁰⁰⁵.

Los tres tipos de consentimiento serán revocables (fruto del derecho a la libertad en su faceta negativa), si bien las consecuencias de esta revocación, en lo que se refiere a la indemnización que podrá reclamar la parte que “sufre” la revocación, diferirán: en el primer nivel, el tolerante, al no atribuir un poder para la intromisión en sentido estricto, no se podrá reclamar indemnización, y podrá ser presumido el consentimiento¹⁰⁰⁶. En el segundo nivel, el autorizante, el poder fáctico que se confiere permite su revocación en todo momento, si bien indemnizándose las legítimas expectativas frustradas, de acuerdo con el art. 81.2 CC portugués. Mientras que, en el tercer nivel, cuando del consentimiento resulta un negocio jurídico en forma de contrato, a la revocación le serán aplicables las consecuencias del incumplimiento contractual¹⁰⁰⁷.

Respecto al consentimiento vinculante, se ha estudiado sobre todo el caso de los contratos de cesión de derechos de imagen que incumbran a los deportistas profesionales. Así, el Tribunal de Apelación de Évora estableció en una sentencia de 2005¹⁰⁰⁸ que la transmisión genérica del derecho a la explotación de la imagen, por tratarse de una cesión “del propio derecho”, es nula, no surte ningún efecto por ser contraria al orden público nacional, citando los arts. 81.1 y 280 CC portugués. Esta

¹⁰⁰⁵ DE CARVALHO (2012), p. 205.

¹⁰⁰⁶ El consentimiento tolerante no estaría sujeto a los principios que rigen la capacidad en materia de negocios jurídicos, por lo que los menores, desde que tengan suficiente madurez, podrán consentir para las intromisiones que solo requieran de este consentimiento tolerante. Mientras que los consentimientos autorizante y vinculante sí que requerirían capacidad negocial, por lo que, de no tenerla los menores, esta deberá ser suplida por sus representantes legales.

¹⁰⁰⁷ GUIMARÃES (2017 B), pp. 46-47.

¹⁰⁰⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2005 (Bernardo Domingos) en <http://www.dgsi.pt>

afirmación fue precisada por el Supremo Tribunal de Justicia portugués, diciendo que lo que no puede ser cedido es el derecho a la propia imagen, no el derecho a su explotación comercial¹⁰⁰⁹, entendiendo la doctrina que si la explotación comercial compromete de modo significativo o incluso anula la privacidad e intimidad del titular del derecho, el consentimiento prestado traspasa los límites del orden público fijado por los arts. 81.1 y 280.2 CC de Portugal y por tanto el contrato se considerará nulo¹⁰¹⁰.

Por tanto, la doctrina portuguesa, de forma similar a como vimos que se pronunciaba la italiana al establecer el control de los contratos en cuanto al respeto de la dignidad y demás derechos fundamentales, se ha preguntado si en determinados casos el consentimiento prestado no podría traspasar los límites permitidos por el orden público. Además de los casos de cesiones de imagen de los deportistas cuando esta cesión resulte excesiva, caso paradigmático sería el de los *reality shows*, en los que la captación de la imagen y la voz durante todo el día y su transmisión *online* en directo impiden cualquier atisbo de privacidad, quedando esta “aniquilada”. De hecho, esta doctrina estima que estamos no ante una limitación voluntaria del derecho a la privacidad, sino ante una verdadera alienación del derecho, una renuncia ilícita de su titular a la tutela de un último reducto de intimidad del que el orden público no permite disponer¹⁰¹¹.

5.1.3. *La doctrina alemana*

En Derecho alemán, los derechos de propiedad intelectual son un híbrido entre los derechos de propiedad y de la personalidad, por lo que la doctrina los califica como indisponibles *inter vivos*, pero sobre los que se pueden otorgar todo tipo de licencias¹⁰¹². En cambio, la cuestión no está tan clara cuando se trata de derechos de la personalidad. La doctrina sigue dividida en torno a la naturaleza del a veces denominado consentimiento, a veces autorización, y otras veces licencia.

¹⁰⁰⁹ Acórdão do STJ de 25.10.2005 (Silva Salazar) en <http://www.dgsi.pt>

¹⁰¹⁰ GUIMARÃES (2017 B), pp. 30-31.

¹⁰¹¹ GUIMARÃES (2017 A), p. 310.

¹⁰¹² BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 129.

Una primera postura, la más tradicional, entiende que los derechos de la personalidad no son disponibles, ni por tanto se pueden constituir licencias sobre ellos. Pero sí podría autorizarse (técnicamente mediante un contrato), el uso de un atributo de la personalidad a cambio de una remuneración, quedando el titular del bien sin posibilidad de accionar contra el cesionario por tal uso. No obstante, esta postura se ha criticado por entender que la autorización no quita que siga existiendo una intromisión, que el acto siga siendo ilegal, sino que solo evita que el titular del bien pueda demandar a quien le ha pagado por tal uso¹⁰¹³.

Una segunda postura se basaría en la posibilidad de otorgar un consentimiento que, en todo caso, sería revocable, por lo que la doctrina alemana lo compara con el modelo del consentimiento médico, también revocable. Si ese consentimiento se formaliza en un contrato, su revocación por parte del titular del derecho de la personalidad podría ser responsable del incumplimiento contractual, debiendo indemnizar a la otra parte. Este es el modelo que, en efecto, prevé nuestra LO 1/1982: un consentimiento en todo caso revocable, pero que nada más dice sobre el régimen jurídico a aplicar ni cuando estemos ante una mera autorización de la intromisión, ni cuando estemos ante un verdadero consentimiento contractual. Los autores alemanes califican esta postura como paternalista, pues trata de proteger al individuo sobre las consecuencias de sus propias decisiones, cosa que en el ámbito médico puede tener sentido, pero que no lo tiene tanto en sede de derechos de la personalidad¹⁰¹⁴.

Una tercera postura partiría también de la noción de consentimiento como pilar para la disposición de estos bienes, pero que sería irrevocable salvo que hubiese un cambio fundamental de circunstancias –ya estén estas relacionadas con el desarrollo personal del titular de los derechos (cambio de posición artística o política, por ejemplo), ya resulten de un uso inapropiado del derecho por la otra parte. Además, la otra parte podría no solo transferir ese consentimiento a un tercero, sino también ostentar legitimación para defender el derecho de la

¹⁰¹³ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 131.

¹⁰¹⁴ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 131.

personalidad, previa autorización por parte de su titular¹⁰¹⁵. Las grietas que presenta esta teoría están, según otro sector, en que ella misma se contradice, pues aunque se apoye en el consentimiento, el hecho es que este funciona como una verdadera licencia¹⁰¹⁶.

Es por ello que la mayoría de la doctrina defiende la disposición de los derechos de la personalidad mediante las licencias. Estas consiguen preservar el núcleo del derecho de la personalidad en manos de su titular, permitiendo tan solo una transferencia parcial y limitada. Aunque hay algún autor defensor de la teoría dualista (en la que solo se transferiría un derecho económico, quedando los derechos de la personalidad *stricto sensu* como indisponibles a todos los efectos), la mayoría se muestra a favor de la teoría monista, en la que ambos componentes, los económicos y los personales, formarían parte de un mismo derecho. Vista la semejanza de esta formulación con aquella hecha para los derechos de propiedad intelectual, resultarían de aplicación, mediante analogía, muchas de sus soluciones. Por ejemplo, si determinados aspectos sobre la cesión del derecho no aparecen concretados, se atenderá al propósito del acuerdo; en caso de que el licenciante quiera transmitir el derecho a un tercero, deberá contar con la autorización de su titular; o, en fin, si el titular cambiase de opinión respecto al uso que le quiere dar a su derecho, podría revocar la licencia, aunque indemnizando, en su caso, las expectativas frustradas. En definitiva, estaríamos ante un modelo en el que las autorizaciones aparecerían escalonadas: desde el mero consentimiento revocable, a licencias no exclusivas y, finalmente, a licencias exclusivas¹⁰¹⁷.

Siguiendo esta última postura, la autorización dada (ya sea en forma de mero consentimiento, ya de licencia exclusiva/no exclusiva), deberá cumplir una serie de requisitos. El primero, sobre si el consentimiento

¹⁰¹⁵ GÖTTING (1995), pp. 142-143.

¹⁰¹⁶ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 132, para quien esta teoría choca con los principios del Derecho alemán de contratos, en donde las promesas unilaterales no son generalmente irrevocables.

¹⁰¹⁷ Así se desprendería de la *Urhebergesetz*, especialmente de sus §§ 29-42. BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 133, para quien el modelo de licencias es el más adecuado.

prestado se puede considerar como un consentimiento perteneciente a un negocio jurídico (*“Rechtsgeschäft”*), ya que en caso afirmativo serían aplicables los preceptos §§ 104 y ss. BGB. Ello afectaría por ejemplo a los menores, dado que el § 107 BGB exige el consentimiento de sus representantes legales cuando se tratan intereses económicos, por lo que, en caso de explotación de un derecho de la personalidad de un menor, habría que recabar no solo su consentimiento (si tuviese suficiente madurez para entender el acto), sino también el de sus progenitores o tutores¹⁰¹⁸. En segundo lugar, el consentimiento podrá ser explícito o implícito, aunque la doctrina advierte que los tribunales podrán no pocas veces dudar de las alegaciones sobre consentimientos implícitos. El tercer requisito postula que la autorización dada se limitará estrictamente al propósito acordado, y que podrá ser revocada solo en situaciones excepcionales como las comentadas en la tercera postura¹⁰¹⁹.

5.1.4. *La doctrina francesa*

En el Derecho francés, al igual que en el español, tradicionalmente se ha dicho que los derechos de la personalidad son inalienables, y que por tanto no se puede ni renunciar a ellos ni cederlos. Se puede tolerar la intromisión en los mismos, pero ello no significa que se esté renunciando al derecho. Por otro lado, un sector de la doctrina francesa entiende que los derechos de la personalidad son exclusivamente derechos extrapatrimoniales, por lo que los intereses económicos que presenta la explotación comercial de la imagen, el nombre, la voz o ciertos aspectos de la vida privada se reconocen y protegen, pero bien sobre la base de los principios generales del derecho de daños, bien sobre la base de un nuevo derecho de propiedad intelectual. Ya sea de una forma u otra, lo que dejan claro es que este derecho de propiedad sobre la explotación comercial de los atributos de la personalidad es independiente del derecho de la personalidad en sí¹⁰²⁰. En esta línea, se postula que, de considerarse que el consentimiento se está refiriendo al derecho de la personalidad, se tratará de una mera renuncia a la

¹⁰¹⁸ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 136.

¹⁰¹⁹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 137.

¹⁰²⁰ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 198.

posibilidad de demandar por intromisión ilegítima; pero de considerarse que estamos ante un derecho de propiedad, el consentimiento sí implicaría una transferencia del derecho¹⁰²¹.

En cuanto a la posibilidad de revocar el consentimiento prestado, la doctrina insiste en que la mayoría de los casos no tratarán de una revocación del consentimiento *strictu sensu*, sino que el titular del derecho estará facultado a oponerse a un determinado uso por no entrar este dentro de los límites en los que se había prestado el consentimiento. Es decir, que la interpretación de lo que incluye el consentimiento prestado es muy restrictiva (de hecho, los tribunales franceses solo admiten el consentimiento expreso, no el implícito), por lo que todo lo que quede fuera de él se considerará una intromisión ilegítima. No obstante, sí que podrá haber casos en los que se revoque el consentimiento para un uso para el que está claro que previamente se consintió, señaladamente cuando el uso pueda dañar seriamente la personalidad del titular. En ese caso, habrá de indemnizarse siempre a quien se habría beneficiado del consentimiento, independientemente de que no se esté actuando con mala fe ni exista culpa del titular del derecho, pues se están frustrando unas justas expectativas¹⁰²². A la hora de calcular esta indemnización, la misma doctrina entiende que sí entrará en juego la forma en que este consentimiento se haya prestado, pues si ha sido mediante un contrato en el que se previese una remuneración, los intereses del que iba a ser beneficiario de esa explotación serán mayores que si el consentimiento fuese una mera autorización¹⁰²³.

¹⁰²¹ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), pp. 198-199, si bien dicen que no hay jurisprudencia que reconozca la ejecutabilidad de los contratos que conllevan una explotación de derechos de la personalidad. Para otros autores franceses, en cambio, el aspecto comercial de los derechos de la personalidad no puede ser separado del personal, y apostarán por un régimen licenciario de estos derechos con claras limitaciones a la autonomía de la voluntad. Véase GISCLARD (2014), *passim*.

¹⁰²² BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 195, y doctrina ahí citada.

¹⁰²³ BEVERLEY-SMITH / OHLY / LUCAS-SCHLOETTER (2005), p. 197.

5.2. La doctrina española

5.2.1. *La situación anterior a la LO 1/1982*

Antes de la promulgación de la CE y de la LO 1/1982, DE CASTRO ya admitía que, respecto de la imagen, se podían pactar mediante contrato remuneraciones por su uso comercial, especialmente en el ámbito publicitario. Dicha contraprestación ofrecida por la agencia publicitaria se graduaría “según el impacto que puedan causar la figura y el tipo de publicación o anuncio”¹⁰²⁴. Dentro de este concepto de imagen recordemos que incluía también otros “medios de reproducción” de la misma, entre los que estaba “la grabación de la voz mediante micrófono, magnetofón”¹⁰²⁵. Por lo que, aunque dentro de derecho de imagen, consideraba a las grabaciones de voz igual de susceptibles de ser usadas con fines comerciales. También otros autores como GITRAMA entendían que cabía disponer de ciertos aspectos del derecho de imagen a través de un contrato atípico, dotado de un régimen riguroso en cuanto al contenido, objeto, tiempo, extinción y contratantes. Pero en modo alguno ello implicaría una abdicación de la titularidad de la imagen¹⁰²⁶.

5.2.2. El consentimiento para la intromisión según la LO 1/1982. Primeras críticas

Como se ha expuesto en el segundo capítulo del trabajo, según el art. 2.2 LO 1/1982 el consentimiento expreso que otorga el titular de los derechos de la personalidad invalidará la intromisión ilegítima. Pero a la vez, *ex art.* 1.3 LO 1/1982, este consentimiento será revocable en cualquier momento, debiendo indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, lo que incluye las expectativas justificadas. Así, el sistema de protección elegido por el legislador ha sido objeto de críticas, pues parece que la ley contempla una manera de disponer de aspectos de esos derechos, concretamente la disposición por acto unilateral, mientras que no se contempla el contrato, lo que se puede

¹⁰²⁴ DE CASTRO Y BRAVO (1972), p. 21.

¹⁰²⁵ DE CASTRO Y BRAVO (1972), p. 20.

¹⁰²⁶ GITRAMA (1962), pp. 338-339.

interpretar como una laguna¹⁰²⁷. Y, por otra parte, la LO 1/1982 parece que trata de compensar el permisivo régimen establecido en lo referente al consentimiento, con la posibilidad de revocar el mismo de forma indiscriminada¹⁰²⁸. En definitiva, lo cierto es que con la promulgación de la Constitución y la citada LO 1/1982, compartimos la idea defendida por cierta doctrina de que se produjo un proceso de despatrimonialización de los derechos de la personalidad que llevó incluso a que se negase la posibilidad de que estos pudiesen ser objeto de contrato¹⁰²⁹.

Uno de los primeros autores que trató sistemáticamente en nuestro ordenamiento el tema de la disposición de los derechos de la personalidad fue CLAVERÍA, quien criticó la opción legislativa de regular no un modelo de contrato, sino simplemente un acto unilateral y revocable de consentimiento a la intromisión, “modelo más concebido como excepción a la antijuridicidad de esta que como técnica práctica para canalizar importantes actividades empresariales¹⁰³⁰. En su opinión, el legislador podría haber optado por otros sistemas como el de la limitación, en normas de *ius cogens*, del contenido de la cesión, del tiempo de duración o de esta o del número máximo de los

¹⁰²⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), p. 1255, para quien el contrato debe tener cabida vía art. 1.1 y 1.4 CC, proponiendo que se consigne expresamente que se renuncia a la revocación, dada la alusión expresa a ella que hace la LO 1/1982 y dado que la denuncia unilateral no es incompatible en principio con la noción de contrato. El mismo autor describirá una década después la situación como “de perplejidad” al no contemplar la LO 1/1982 el modelo de contrato, sino solo un acto unilateral y revocable del consentimiento para la intromisión. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), p. 43.

¹⁰²⁸ Ya la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 trata de aclarar el tema diciendo que la disponibilidad no se opone a la “irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos”. PASCUAL MEDRANO (2003), p. 98.

¹⁰²⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 404-406, citando a IGARTUA ARREGUI y a CABEZUELO ARENAS (para quienes los derechos de la personalidad no eran disponibles mediante contrato) y ATAZ LÓPEZ, quien pesarosamente admitía que podrían encontrarse “auténticos contratos de contenido patrimonial”, que a su entender suponían “el inconveniente de que nos conduce a una excesiva patrimonialización del ser humano”.

¹⁰³⁰ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), p. 43.

beneficiarios¹⁰³¹. Recordemos que este autor ya había sostenido en 1983 que no cabía ceder la imagen o la voz indefinidamente en el tiempo o a un número indeterminado de personas¹⁰³². Pero ello no implicaría que el ordenamiento jurídico español impidiese que se planteasen contratos por el que una persona explotase su intimidad o imagen. No obstante, en su opinión, el objeto no sería un derecho fundamental en sí, sino un conjunto de facultades de rango ordinario. Es decir, que se estaría ejerciendo una legítima autonomía negocial sobre facultades jurídicas de rango ordinario en el marco de un contrato atípico¹⁰³³.

Así, CLAVERÍA estableció cuatro figuras negociales de disposición de aspectos relativos a la intimidad o a la imagen –y que nosotros entendemos que también se podría hacer extrapolable a la voz y al nombre, dado que el único bien que excluye de estas figuras es el honor, por considerar contraria su disposición al art. 10 CE–¹⁰³⁴. Estas figuras serían el contrato, el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial, el acto unilateral *inter vivos* de la LO 1/1982 y el acto *mortis causa*. Sobre el contrato, nos interesa destacar, en primer lugar, la defensa de su interpretación restrictiva, no entendiendo comprendido en el consentimiento sino lo que claramente se infiera de la declaración y nada más; su propuesta *de lege ferenda* de que se exija la forma escrita *ad substantiam* y la obligatoriedad de pactar un tiempo de duración determinado, no pudiéndose revocar el consentimiento durante la vigencia del contrato (en caso contrario, se le reputaría incumplidor del contrato, con todas las consecuencias del art. 1107.2 CC; pero en caso de que no se hubiese pactado un plazo, entonces entiende que se podría

¹⁰³¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), p. 44.

¹⁰³² CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), pp. 1254-1255.

¹⁰³³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), p. 50.

¹⁰³⁴ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), pp. 31-69, quien primeramente se pregunta en dónde encajar tal materia, proponiendo (1) como causa de justificación de la intromisión, (2) como excepción al régimen general de indisponibilidad e irrenunciabilidad de estos derechos, (3) como ejercicio del contenido positivo del derecho de la personalidad o, en fin, (4) como ejercicio de un derecho patrimonial. El autor ya nos adelanta que no defenderá ninguna de las cuatro.

reputar el contrato como de duración desproporcionada que sí sería revocable pasados dos años desde celebrado)¹⁰³⁵.

CLAVERÍA también contempla la posibilidad de que se disponga de los derechos de la personalidad mediante acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial –opción que, en su opinión, no contempla la LO 1/1982, dado que esta alude a la necesidad de indemnizar los daños provocados por la revocación, por tanto con contenido económico– y cuyo régimen sería similar al establecido para los contratos, aunque pudiéndose revocar en cualquier momento y sin límite de tiempo o ámbito geográfico; acto que se diferencia de aquel, también unilateral e *inter vivos*, y previsto por la LO 1/1982, en el que sí se ceden unas facultades patrimoniales, y que aunque se puede revocar previamente, cabe aplicarle el art. 7 CC, debiendo motivarse la causa de la revocación, que en todo caso debe interpretarse de forma restrictiva. Por último, entiende que se podría disponer *mortis causa* de la intimidad o imagen del testador, siempre y cuando se diesen los requisitos establecidos en caso de contrato¹⁰³⁶.

5.2.3. Posturas actuales

En la actualidad se sigue cuestionando esa libertad absoluta de revocación del consentimiento cuando nos encontramos ante contratos de explotación de determinados derechos, postulándose que ha de hacerse una interpretación correctora del art. 2 LO 1/1982, limitándolo a los actos de autorización unilateral, pero proscribiéndolo en los genuinos contratos de cesión, ya que tal libertad podría ir en contra de los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe e irrevocabilidad aplicables a las relaciones contractuales¹⁰³⁷. Esta opinión no es unánime, pues también existe doctrina que considera que el consentimiento nunca puede ser contractual, sino que solo puede

¹⁰³⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), p. 56. Para ver el régimen contractual que propone el autor, *vid.* especialmente pp. 54-65.

¹⁰³⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1994), pp. 65-68.

¹⁰³⁷ GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 620-621. Otros autores, como BLASCO GASCÓ (2008 A), p. 151, también consideraron que no puede utilizarse la facultad revocatoria con el único fin de desligarse de la cesión hecha por contrato para aceptar otro de mejores condiciones económicas.

constituirse en un acto de autonomía que actúa como causa legitimadora de la intromisión. Así, no se refieren a un acto de disposición, ni siquiera parcial, de las facultades que integran los derechos de la personalidad, tampoco cuando exista una compensación económica por la otra parte¹⁰³⁸.

Quizá el autor que recientemente más empeño ha dedicado al tema de la disposición de los derechos de la personalidad incorporal en nuestro ordenamiento haya sido VENDRELL CERVANTES. El autor parte de la fundamental idea de que los contratos no son solo instrumentos para regular los intereses patrimoniales de las personas, sino que además presentan un componente personal o moral¹⁰³⁹. Entiende que hay una primera categoría de mero consentimiento o autorización para la intromisión, por un lado, y otra en la que puede constituirse una verdadera relación contractual. Aunque se trata de supuestos diferentes –pudiéndose explicar como una gradación del consentimiento o autorización, de menor a mayor– ambas se permiten por la LO 1/1982¹⁰⁴⁰. Se tratará de dos fenómenos jurídicos distintos en los que las partes decidirán, en función de la complejidad del uso que se vaya a dar al derecho, cuál de ellas utilizar¹⁰⁴¹. Esta opinión también la comparten otros autores que, aun admitiendo que la primera impresión de la LO 1/1982 puede llevar a creer que solo contempla un acto unilateral y revocable de consentimiento de la intromisión, no dudan de que la ley no excluye el modelo de contrato, como cauce para el

¹⁰³⁸ DE VERDA Y BEAMONTE / DE LAS HERAS VIVES (2019), pp. 223-224.

¹⁰³⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 408-409. Idea que con anterioridad también se recoge en GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 617.

¹⁰⁴⁰ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 413, diciendo que no se desprende ni de la LO 1/1982 ni de ninguna otra norma del ordenamiento una prohibición genérica de que los derechos de la personalidad puedan ser el objeto de un contrato.

¹⁰⁴¹ También expresan, de forma somera, esta idea DíEZ-PICAZO / GULLÓN (2012), p. 348, al entender el consentimiento como una voluntad libre que puede tener por finalidad tanto la simple justificación de la intromisión, como el formar parte de un negocio jurídico de carácter oneroso, poniendo como ejemplo de estos últimos las ventas de exclusivas a las revistas del corazón.

ejercicio de actividades empresariales que impliquen la utilización de la imagen de las personas¹⁰⁴².

Respecto a la naturaleza del contrato, y debido a la condición de derechos fundamentales de los derechos de la personalidad, VENDRELL entiende que solo podrán constituirse contratos que no generen un supuesto transmisivo de derechos, siendo que se trata de acuerdos con contenido meramente obligacional¹⁰⁴³, por lo que la posición jurídica del beneficiario de la autorización será una posición relativa, lo que impedirá, en primer lugar, que disponga de una protección continuada frente a sucesivos adquirentes, pues su poder jurídico subjetivo se dirige exclusivamente frente a aquel que le autorizó¹⁰⁴⁴. En segundo lugar, no conferirá al beneficiario de la cesión, al menos de forma general, un conjunto ordenado de pretensiones de reintegración del derecho lesionado, pues ello corresponde únicamente al titular del derecho; es decir, que no tendrá plena legitimación activa para defender el derecho en caso de que un tercero se entrometa¹⁰⁴⁵. Y, en tercer lugar, el cesionario no contará con la facultad de transmitir ulteriormente el derecho o facultades adquiridos, aunque admite que la persona autorizada, como titular de una posición contractual concreta, y en base a la cual está legitimada para realizar una conducta intromisiva de forma lícita, puede, con anterioridad a la ejecución total de las prestaciones recíprocas, transferir globalmente su posición contractual a un tercero al amparo del art. 1255 CC y bajo el modelo de la cesión del contrato; pero en este caso será necesario que el titular de los derechos de la personalidad consienta esta cesión a un tercero¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² GARZÓN VICENTE / DE LACALLE BAIGORRI (2008), p. 636.

¹⁰⁴³ En realidad, los contratos transmisivos también son meramente obligaciones en el Derecho español; en el caso de la compraventa, por ejemplo, el efecto transmisivo lo produce el modo, no el contrato. Los contratos que transmiten *per se* son los reales (*Realvertrag* en Derecho alemán), y es discutible si en Derecho español existen. Según Díez-PICAZO (2007), pp. 166-167, se trata de una categoría puesta en duda, pues si la regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento (arts. 1254 y 1258 CC), no tiene por qué concurrir una unidad cronológica entre este y la entrega.

¹⁰⁴⁴ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 418-424.

¹⁰⁴⁵ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 425-428.

¹⁰⁴⁶ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 447.

Por todo lo dicho anteriormente, VENDRELL considera necesario el reconocimiento de un derecho patrimonial de imagen, pues la ausencia de eficacia transmisiva desentona con la práctica del mercado de los derechos de imagen¹⁰⁴⁷. Expone las líneas generales sobre las que se construye el régimen dispositivo y transmisivo del derecho patrimonial de imagen, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pero que como ya expusimos en su momento, no podemos compartir por negar la mayor (la existencia de un derecho diferenciado sobre los elementos patrimoniales del derecho fundamental de imagen). Así, sorprendentemente, el autor no niega que este genuino derecho patrimonial de imagen contenga también facultades morales o personales, y no solo patrimoniales¹⁰⁴⁸, y apoyándose en los modelos norteamericanos de la transmisión del *right of publicity* y del modelo español de la transmisión de los derechos de autor, postula un contrato transmisivo por el cual el adquirente de los derechos de imagen obtiene una posición jurídica absoluta pero que, al a vez, permite al titular originario seguir vinculado con la explotación de los atributos o elementos de su personalidad, pues sigue siendo titular del derecho matriz (el derecho patrimonial de imagen) del que se desprenden los derechos de explotación (derechos de imagen) transmitidos constitutivamente¹⁰⁴⁹. Por otra parte, se deberá delimitar por las partes la duración del contrato, así como sus límites materiales y territoriales, y si estamos ante un contrato exclusivo o no. En cuanto a la legitimación activa, postula que se estará a la voluntad de las partes, y en defecto de esta, habrá de acudir a la solución dada por las normas de propiedad intelectual e industrial, donde se distingue entre el adquirente exclusivo, quien posee no solo legitimación activa sino también la facultad de transmitir los derechos adquiridos, y entre el no exclusivo, que carece tanto de la legitimación como de dicha facultad (aunque todo ello, salvo pacto en contrario de las partes)¹⁰⁵⁰. Por último, ve necesario contar con

¹⁰⁴⁷ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 451. El autor compara los negocios jurídicos sobre este derecho con el también atípico régimen de los negocios transmisivos de los secretos empresariales o *know how*.

¹⁰⁴⁸ Como por otra parte defiende IGARTUA ARREGUI (1991), *passim*.

¹⁰⁴⁹ VENDRELL CERVANTES (2014), pp. 452-471, especialmente p. 467.

¹⁰⁵⁰ VENDRELL CERVANTES (2014), p.469.

una norma de interpretación de estos contratos protectora con los intereses del titular originario, pero remarca que la facultad de revocación del consentimiento del art. 2.3. LO 1/1982 no resulta de aplicación, proponiendo en cambio bien una facultad de extinción unilateral del vínculo contractual a favor del titular originario, o bien el uso del criterio interpretativo de la transmisión finalista, en la que para evitar que se siga explotando un derecho de la personalidad se podría argumentar que ese uso con el que no se está de acuerdo no está cubierto por los límites temporales o materiales de la cesión, pudiéndose así recuperar la titularidad plena sobre la explotación del derecho¹⁰⁵¹.

5.2.4. El anclaje de la doctrina del TS a la revocabilidad *tout court*

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2016¹⁰⁵², es uno de los más recientes ejemplos de la concepción de total revocabilidad del consentimiento que sostiene nuestro alto tribunal. En esta sentencia se declaró nula la cláusula de un contrato de cesión de derechos de imagen que permitía a la cesionaria continuar utilizando la imagen de una modelo después de la finalización del contrato. En este caso, la modelo y demandante en este procedimiento, había revocado su consentimiento –e incluso reiterado la revocación– a que persistiese el uso dado a su imagen. Ambas partes habían firmado un contrato de arrendamiento de servicios y cesión de derechos de imagen, estableciéndose en su cláusula segunda un derecho de explotación de dichas imágenes, y fijándose como duración del contrato la de un año, pero pudiendo cualquiera de las partes manifestar su decisión de finalizarlo mediante preaviso de treinta días. Hasta aquí, el contrato de cesión no parecía presentar problema alguno. Lo que sí resultó ilícito fue su cláusula séptima, declarada contraria a la protección legal del derecho a la propia imagen “en su dimensión de

¹⁰⁵¹ VENDRELL CERVANTES (2014), p. 471.

¹⁰⁵² STS núm. 266/2016 de 21 abril (JUR 2016\86734). Los hechos, en síntesis, son los siguientes: una modelo había contactado con una empresa dedicada a la comercialización de contenidos de carácter sexual para su divulgación a través de televisión y páginas web. Había ofrecido su imagen como modelo de género erótico y, aunque no recibiría remuneración a cambio del reportaje fotográfico, la empresa se comprometía a promocionar su imagen.

derecho fundamental”, tanto en primera instancia como en la Audiencia y TS, pues permitía seguir explotando los derechos cedidos aún después de la terminación del contrato. Y es que la modelo, antes de cumplirse el año desde la firma del contrato, manifestó su deseo de resolverlo, alegando como motivo el incumplimiento de la cesionaria por no haber realizado la labor de promoción que ambas partes habían pactado. La empresa, haciendo caso omiso a esta petición, firmó con varias mercantiles vinculadas a la difusión de contenidos televisivos un contrato en el que cedía, a su vez, los derechos de imagen de la modelo. Lo cierto es que fruto de estos nuevos contratos las imágenes de la modelo se emitieron reiteradas veces en un canal de televisión, por lo que aquella volvió a manifestar su voluntad resolutoria, y visto que sus peticiones no fueron atendidas, finalmente no le quedó más remedio que acudir a la vía judicial.

El TS apreció una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la modelo, partiendo de la idea de que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, de acuerdo con el art. 2.3 de la LO 1/1982. Por tanto, vemos que la argumentación del TS pivota sobre el derecho fundamental a la propia imagen y la facultad de revocación del consentimiento que ostenta su titular. Conviene resaltar esto anterior, pues difiere radicalmente de lo sentenciado en segunda instancia por la AP¹⁰⁵³, que no había apreciado infracción de derechos fundamentales, sino que, manteniéndose en un plano estrictamente contractual, entiende que la cláusula séptima del contrato era radicalmente nula. Y es que de mantenerse esa cláusula se estaría dando pie a la empresa a que, aun ejerciendo la modelo su facultad resolutoria por no haberse realizado ninguna actividad de promoción de su imagen, pudiese continuar con la difusión de su imagen de por vida. Es por ello que la Audiencia reputa la cláusula como abusiva¹⁰⁵⁴ de acuerdo con lo previsto en el art. 1256 CC (“la validez y cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”).

¹⁰⁵³ SAP de Alicante, secc. 6ª, núm. 316/29013, de 19 de septiembre (AC/2013/1782).

¹⁰⁵⁴ Entendemos que no en el sentido que este término (“abusiva”) tiene en el ámbito de la protección de los consumidores, sino en el sentido que después se expone en el F.J. 9º de la STS 266/2016 de 21 abril (JUR 2016\86734).

En la STC 117/1994, de 25 de abril¹⁰⁵⁵, se deja sentado que la revocación del consentimiento incide también en el derecho a la propia imagen como derecho fundamental. La citada sentencia del TS de 21 de abril de 2016, por su parte, trae a colación esta doctrina para afirmar el abuso de la cláusula séptima del contrato de cesión, exponiendo literalmente que “más que abusivo resulta total y manifiestamente contrario a la protección legal del derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental, porque la facultad legal de revocar el consentimiento en cualquier momento excluye necesariamente no solo la perpetuidad sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último supuesto pueda proceder una indemnización a favor de la otra parte contratante”. En definitiva, el TS parte de una total libertad de revocación del consentimiento.

5.2.5. Crítica a la doctrina jurisprudencial

En nuestra opinión, la posibilidad de apartarse del contrato de cesión, aun en el caso de que se llegue a pagar una indemnización, supone una quiebra del principio *pacta sunt servanda*, por lo que el planteamiento sobre la absoluta revocabilidad del consentimiento permitido por el art. 2.2 LO 1/1982 creemos que debería de interpretarse más limitadamente, circunscribiéndolo solo a los actos de autorización unilateral. Mientras que cuando estemos ante una verdadera cesión contractual, debería de quedar, en principio, proscrita la posibilidad de revocación contraria al principio de buena fe aplicable a las relaciones contractuales¹⁰⁵⁶. Así, sería contrario a la buena fe el uso de la facultad de revocación para lograr ventajas, normalmente patrimoniales, que nada tengan que ver con la defensa de intereses personalísimos del titular del derecho¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994\117).

¹⁰⁵⁶ Así lo entiende GARCÍA RUBIO (2013 A), pp. 620-621. Además, deberán tenerse en cuenta otros límites que expondremos en el ap. 5.3.4 de este capítulo.

¹⁰⁵⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4618, quien ve como “único freno” al “despropósito” de la posibilidad de revocación en todo caso, la aplicación del principio de buena fe, proscribiendo el abuso de derecho, que en el ámbito contractual aparece expresamente reflejado en el art. 1256 CC.

En el caso de la STS de abril de 2016, no obstante, entendemos que la revocación no puede ser reputada como contraria al principio de buena fe, pues estaba previsto en el contrato que cualquiera de las partes se podría apartar del mismo, y más teniendo en cuenta que la empresa cesionaria no había cumplido con la prestación pactada, cual era la promoción de la imagen de la modelo. Estaríamos, por tanto, ante un incumplimiento esencial del contrato y, por tanto, de carácter resolutorio (art. 1124 CC), remedio que no puede ser excluido por la voluntad de las partes, pues ello significa, como bien vio la Audiencia, dejar a la parte incumplidora todo el poder de decisión sobre el vínculo contractual.

Por otra parte, entendemos que la libertad de revocar el consentimiento en cualquier momento –que según la doctrina del TS, pesaría incluso más que el deber de ajustarse al plazo pactado en la cesión del derecho– alcanza a la dimensión fundamental del derecho a la propia imagen. Ello no implica que la revocación pueda ser indiscriminada, sacrificando los posibles intereses del contratante-cesionario: la libertad absoluta de revocar se toparía con el límite de la buena fe y el abuso del derecho cuando estemos, en especial, ante vulneraciones en las que prime la faceta patrimonial del derecho. Otra cosa es que la protección del derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y fundamental deba de ser única, sin limitar la protección vía amparo, dado lo difícil que puede ser separar ambos aspectos del derecho. Pero lo que sí debe quedar claro es que una revocación sin límites, como podría en un principio extraerse del tenor literal del art. 2.3 de la LO 1/1982, no resultaría acorde con los principios anteriormente expuestos, pues podría suponer una grave quiebra en la seguridad del tráfico jurídico.

5.3. UNA PROPUESTA DE RÉGIMEN DISPOSITIVO DE LOS DERECHOS DE VOZ

5.3.1. Concepto y naturaleza

Mediante el contrato de cesión de derechos de voz el cedente y titular de la voz autoriza la utilización de la misma al cesionario, dentro de los límites temporales, espaciales y de modalidad de uso que se

hayan pactado, teniendo normalmente una finalidad comercial o publicitaria, pero sin descartarse que se pueda pactar cualquier otra finalidad lícita. Esta cesión también podrá estipularse dentro del seno de otro contrato, ya sea laboral o de servicios, práctica que no resultará ajena al sector artístico, en el que son comunes análogas cesiones de los derechos de imagen.

Se trata de un contrato *intuitu personae*, pues es relevante la concreta persona con la que se contrata, en este caso por la cualidad de su voz. De todos modos, debemos diferenciar dos tipos de situaciones. En primer lugar, aquellas en las que específicamente se quiera a una persona en concreto, generalmente debido a la reconocibilidad de su voz por parte del público. Normalmente estaremos refiriéndonos a actrices, cantantes, locutores de radio, actores de voz, presentadores, políticos, deportistas o personas famosas en general. En estos casos, siguiendo lo que análogamente la doctrina ha estudiado, en especial, en sede de derechos de imagen, podríamos distinguir como bien inmaterial negociable no solo la voz de la persona, sino también su fama o relevancia mediática¹⁰⁵⁸. Así, podrá haber supuestos en los que no interese tanto la voz en sí, sino la fama que esta lleve aparejada. Otras veces, por el contrario, el bien inmaterial negociable será la fama de forma inseparable a la voz, por ostentar esta unas cualidades extraordinarias¹⁰⁵⁹.

En segundo término, aquellos supuestos en los que se busque un determinado tipo de voz, casos en los que seguramente se haga una selección previa de candidatos, en donde se procurará, por ejemplo, una buena dicción, o una determinada cadencia al hablar; también podrá variar en función de si se precisa una voz de un niño, un adulto o una anciana, o una voz aguda o grave; en fin, las variables podrán ser infinitas, pero una vez se haya seleccionado a una persona y perfeccionado el contrato, será ella y no otra la que deba prestar su voz. Si se sustituyese a esa persona, entendemos que debería formalizarse un

¹⁰⁵⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), pp. 4614-4615.

¹⁰⁵⁹ Piénsese, por ejemplo, en el hipotético –aunque ciertamente improbable– caso de que el cantautor Joaquín Sabina aceptase prestar su voz para un anuncio publicitario.

nuevo contrato, pues la voz es un rasgo personalísimo, inherente a la persona misma, por mucho que se pueda parecer una voz a otra.

Por otra parte, estaremos ante un contrato de naturaleza obligacional, no real, que además no puede servir como título para la transmisión *erga omnes*. Debido a que nos encontramos frente a un rasgo de la personalidad, la voz, cuyas facetas personales y patrimoniales consideramos inseparables, solo podrán constituirse contratos que no generen una efectiva transmisión de derechos. Por ello, la posición jurídica del beneficiario de la autorización será una posición relativa, con las limitaciones que se impongan no solo por voluntad de las partes, sino también las que se deriven de la LO 1/1982, de las normas de Derecho de contratos del CC, e incluso de principios generales del Derecho. Es por ello que los contratos suelen configurarse como meras cesiones o licencias de uso, en los que el cedente, en todo caso, sigue ostentando la titularidad del derecho cedido¹⁰⁶⁰.

Por último, podrá configurarse como un contrato ya oneroso, ya gratuito. Lo más usual será que se pacte una remuneración por la cesión del derecho de voz, aunque también podría convenirse otro tipo de contraprestación, como la fama o notoriedad que podría generarse para el titular de la voz al utilizarse esta con fines comerciales o publicitarios. Por otra parte, los contratos que se formalicen en régimen de exclusividad normalmente preverán remuneraciones más altas, dado que se estará impidiendo, por ejemplo, que el cedente utilice su voz para los asistentes virtuales de voz de otras aplicaciones, o para el anuncio de otros productos. Aunque menos usuales, también podrán darse cesiones de voz gratuitas, véase aquellas hechas como “donación” para los bancos de voces de pacientes que hayan perdido (o previsiblemente vayan a perder) el habla. En estos casos entendemos que, aunque estemos ante un acto altruista, deberá formalizarse un contrato de cesión de derechos de voz entre el titular de la voz y el titular del banco de voces. El contrato, por una redacción mínima que ofrezca (aunque sí deberá ser escrito, como explicaremos más adelante), deberá estipular

¹⁰⁶⁰ Esta postura, como vimos, también es la defendida por RESTA (2005), pp. 335-336, en el ordenamiento italiano, en donde el derecho que se cede no se extingue para el disponente, sino que solo se limita.

claramente el uso concreto que se le podrá dar a esa voz (básicamente, su inserción en los sistemas de conversión de texto en voz que poseerán estos pacientes), e incluso no veríamos de más que se formalizase un segundo contrato, igual al anterior, pero entre el titular originario de la voz y su nuevo usuario¹⁰⁶¹. Finalmente, menos claro resulta el caso de aquellas cesiones de voz hechas con un fin, en principio, médico, como son las que recientemente han surgido a causa de la crisis sanitaria de la Covid-19. Así, empresas dedicadas al reconocimiento de personas a través de la voz, están desarrollando una aplicación informática cuyo objetivo es detectar el índice de contagio de la Covid-19 mediante el análisis de las alteraciones en la voz de una persona. Para ello, se pretende que la persona o potencial paciente, mediante un simple “clic”, grabe su voz leyendo un texto establecido en la aplicación, grabación que será recopilada por la empresa para su posterior estudio. Si bien habrá que esperar para ver la efectividad real de tal aplicación, en todo caso creemos que tal práctica no puede realizarse mediante una simple autorización, sino que requiere de una cesión del derecho a la voz para ese uso concreto¹⁰⁶²; y si su uso se limita exclusivamente al estudio

¹⁰⁶¹ Actualmente existe una loable iniciativa, ya comentada en el ap. 1.2, cap. III, en la que se pueden donar voces para pacientes que la han perdido. El proceso, que puede formalizarse *online*, es bastante sencillo y, en lo que aquí nos interesa, dispone en la pestaña “descargo de responsabilidad” que estamos ante un tratamiento de datos cuya finalidad es la “obtención de voces sintéticas destinadas a ser utilizadas por personas con discapacidades orales”. A continuación, se dice que el único dato cedido es el correo electrónico, se permite que la voz sintética que se genere se descargue por su titular originario/donante, y se recuerda que “esa misma voz sintética podrá ser utilizada por personas que presentan dificultades en su comunicación oral”. Por último, se resalta en negrita que “La aplicación está disponible exclusivamente para uso de comunicación personal, quedando expresamente prohibido cualquier otro uso”. Se puede consultar en <https://aholab.ehu.eus/ahomytts/?q=descargo> [Fecha de última consulta: 13/04/2020]

¹⁰⁶² La protección de la voz, en este caso, también podría venir dada por la normativa sobre protección de datos personales, ya que como analizaremos *infra* (ap. 2, cap. V), la voz puede ser un dato de carácter personal, y en este caso parece que se cumplen los requisitos para que la LOPD sea aplicable: hay un tratamiento de la voz, un acceso a la misma por medio de un fichero, y la voz identifica a una persona. Cuestión diferente será si, a efectos prácticos, es más efectiva la protección otorgada por las acciones del art. 9 LO 171982 o por el art. 82 RGPD, cuestión a la que también nos referiremos en dicho apartado.

citado, no vemos inconveniente en que sea una cesión gratuita, pues es con fines de investigación, pero si la empresa desarrollase otro tipo de aplicaciones, además de que debería renovar el consentimiento del titular de la voz para este nuevo uso, estimamos que el contrato podría constituirse como oneroso¹⁰⁶³.

5.3.2. *Objeto del contrato*

Resulta una obviedad reiterar que es la voz lo que constituye el objeto del contrato. Inicialmente, puede afirmarse que este rasgo de la personalidad presenta menos problemas de delimitación que otros como la imagen, en donde la doctrina y la jurisprudencia han tenido que analizar si quedaban englobados en ella símbolos, figuras, siluetas, caricaturas, etc., que pudiesen recordar a la imagen de una persona¹⁰⁶⁴.

No obstante, sí podría cuestionarse, por ejemplo, si las voces sintéticas mencionadas pueden constituirse, realmente, en objeto del contrato, puesto que han sido tratadas por un programa informático y surgen de una máquina que no reproduce una grabación de la voz, sino que genera esa voz con todos los sonidos previamente grabados, pero con un grado de similitud muy alto¹⁰⁶⁵. Nosotros entendemos que en este caso sí estamos ante un uso de la propia voz, pues precisamente esa intención de generar una voz prácticamente igual a la cedida, permitido

¹⁰⁶³ El estudio al que nos referimos es este <https://murciaeconomia.com/art/68851/biometric-vox-prepara-una-app-para-detectar-la-covid-19-si-cambia-el-tono-de-voz> [Fecha de última consulta: 30/04/2020]. No obstante, somos de la opinión de que más efectivo sería analizar el sonido de la tos, como ya se han planteado otros investigadores, práctica que ya se ha realizado con el asma o la tuberculosis. En este sentido, consúltese el proyecto *Coughvid* en <https://coughvid.epfl.ch/> [Fecha de última consulta: 30/04/2020]. Y una explicación aquí: <https://www.vozpopuli.com/altavoz/next/Graba-tos-caracterizar-sintomas-Covid-19-0-1342067217.html> [Fecha de última consulta: 30/04/2020].

¹⁰⁶⁴ Recuérdese, por ejemplo, la STS 60/1998, de 30 de enero (RJ 1998/358), en la que se discute, entre otras cuestiones, si una representación gráfica consistente en un dibujo en blanco y negro de unas piernas cruzadas, embutidas en unos pantalones y calzado de botas deportivas de color blanco, junto con una leyenda que definía al actor supuestamente representado, entra dentro del ámbito protegido por el derecho de imagen.

¹⁰⁶⁵ De hecho, el proyecto *ahoMyTTS* se describe como “un conversor de texto en voz que sonará tan parecido a la tuya como la tecnología permite”.

por la sofisticación creciente de los medios tecnológicos –medios que evolucionan a pasos de gigante en lo que a reproducción de los rasgos humanos se refiere– es la que crea una identidad de razón con la voz original o “auténtica”. Por lo tanto, de hacerse un uso inapropiado o inconsentido de la voz sintética, que exceda los límites para los que fue concebida, facultaría al “donante”, titular de la voz original (y de no ser ellos los infractores, también al banco de voces y al nuevo usuario de esa voz), a interponer una demanda por intromisión en su derecho a la voz.

Otra cuestión que debemos puntualizar es que el objeto comprenderá tanto a las voces reconocibles, como a las que no lo sean, al menos en los casos de uso comercial o publicitario de la voz¹⁰⁶⁶. Así, tanto la cesión de una voz de persona famosa como la de una que no lo sea, tendrán derecho a recibir una remuneración si la voz tiene un valor en el mercado. Además, el criterio de la reconocibilidad siempre será relativo, pues pocas personas son conocidas mundialmente, por lo que una voz que sea reconocible en un sitio, probablemente no lo sea en otro.

Por otra parte, en caso de que el contrato de cesión de derechos de voz sea parte de un contrato laboral o de servicios, y si este se resuelve por incumplimiento de alguna de las partes (porque no se realiza la grabación pactada, o porque la grabación real no se corresponde con lo que se había pactado, o por cualquier otra causa), el contrato de cesión quedaría sin objeto. Ambos contratos deben considerarse como un conjunto de obligaciones que vinculen a las partes en un todo¹⁰⁶⁷, lo que entendemos que sería un contrato mixto.

Por último, creemos que las imitaciones de una voz, si bien no podríamos considerarlas como objeto de un contrato en el que una de

¹⁰⁶⁶ Así lo entiende también BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4607 para el caso de las imágenes. De todas formas, discrepamos de su idea de transgresión, en estos casos, únicamente del aspecto patrimonial de la imagen. Para nosotros, como ya venimos reiterando durante todo el trabajo, la violación será también del aspecto personal, dado que este no se puede disociar de aquel.

¹⁰⁶⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ (2009), p. 4617.

las partes sea el titular de la voz imitada –pues como dejamos apuntado, estos son *intuitu personae* y una imitación es, por definición, hecha por otra persona diferente a dicho titular– ello no quiere decir que la conducta no pueda ser sancionada. El derecho a la voz del imitado podrá verse vulnerado, precisamente, por haberse contratado a otra persona que está realizando la prestación que, o bien podría haber realizado el titular de la voz imitada, o bien podría haber rechazado por razones éticas, morales o del tipo que fuesen. Pensemos en los casos *Tom Waits* comentados (tanto el estadounidense como el español)¹⁰⁶⁸, en los que se utilizaron imitaciones de su voz para el anuncio de productos y sin contar con su autorización. Esta imitación engañosa, confundiendo al oyente sobre el verdadero titular de la voz y asociando al artista con un determinado producto, se formaliza¹⁰⁶⁹ mediante un contrato de cesión de voz entre el imitador y la empresa publicitaria, pero prevaleciendo del valor comercial de la voz del imitado. Por lo tanto, el objeto del contrato es cierto que no es la voz de *Tom Waits*, pero su derecho a la voz sí se está vulnerando, tanto en su faceta personal como patrimonial.

5.3.3. *Perfección del contrato*

La perfección del contrato se dará con la manifestación de un consentimiento¹⁰⁷⁰ expreso para la cesión de los derechos de voz, y se tratará de un verdadero consentimiento contractual¹⁰⁷¹. Además, se requerirá forma escrita cuando estemos ante las llamadas “donaciones de voz”, pues así se deriva del art. 632.2 CC, que solo permite que se haga verbalmente aquella donación de cosa mueble que se entregue de forma simultánea a la prestación del consentimiento. En este caso, la entrega de la grabación de la voz se hará de forma posterior a la

¹⁰⁶⁸ *Vid.* ap. 2.1.5.4 y 3.3.2, cap. III.

¹⁰⁶⁹ O se debería formalizar, pues como ya dijimos será usual que los contratos sean laborales o de prestación de servicios en los que se vea involucrada, de todas maneras, la voz.

¹⁰⁷⁰ En lo que se refiere al consentimiento de menores y personas con discapacidad, tanto en su modalidad meramente autorizante de la intromisión como en su modalidad contractual, véanse los ap. 4.2 y 4.3, cap. II.

¹⁰⁷¹ En la terminología utilizada por la doctrina portuguesa y expuesta más arriba, estaríamos ante el “consentimiento vinculante” que originaría un compromiso jurídico auténtico en forma de contrato.

prestación de consentimiento contractual, en muchos casos por medios electrónicos y a distancia. Por lo que para que surta efecto, el contrato deberá ser escrito y el donatario deberá aceptarlo, igualmente, de forma escrita.

Como ya dijimos, si bien la LO 1/1982 prevé únicamente una modalidad de consentimiento que autoriza para la intromisión en los derechos de la personalidad, creemos que no excluye esta otra modalidad contractual. Pero diferirá del consentimiento meramente autorizante en que la facultad de revocación prevista en la LO 1/1982 no podrá actuar con igual intensidad. Por otra parte, este consentimiento, de acuerdo con nuestra concepción del contrato de cesión como obligacional, no conferirá al cesionario una titularidad plena sobre el derecho de voz, sino que solo lo facultará para el uso expresamente previsto en el contrato, y con las limitaciones que estudiaremos a continuación.

5.3.4. Eficacia y duración

Sobre la cuestión de la eficacia de estos contratos debemos partir de que, aun participando de las normas de Derecho contractual, es debido a la naturaleza personal del objeto cedido y a su configuración como derecho fundamental que tendremos que atender a otros límites, “técnicas de control” según la terminología italiana o, en fin, garantías de que se respetará la dignidad humana a la hora de contratar con estos bienes.

Desde el punto de vista contractual, la libertad absoluta de revocar el consentimiento que en un principio puede extraerse del tenor literal del art. 2.3 de la LO 1/1982 se topará, como ya hemos expresado, con el límite de la buena fe cuando nos encontremos ante vulneraciones en las que prime la faceta patrimonial del derecho, situación en la que se ubicarán la mayoría de las cesiones de voz. Si el motivo de la revocación fuese que al titular de la voz le ha surgido una mejor oferta, entendemos que no se podría revocar libremente, sin perjuicio de la obligación de indemnizar a la otra parte, debiendo aplicarse las consecuencias del incumplimiento contractual. De lo contrario, la

revocación podría suponer una grave quiebra en la seguridad del tráfico jurídico.

Dicho lo anterior, en la otra cara de la moneda y aunque no defendamos la posibilidad de revocación del consentimiento *tout court*, sí habrá circunstancias que puedan dar lugar a la ilicitud del contrato, y que permitirán al titular del derecho de voz cedido desvincularse del mismo, o al menos desligarse de aquellas cláusulas que resulten anulables. En este sentido, podríamos estar ante un contrato ilícito por vulnerar los límites de la autonomía contractual. En nuestro ordenamiento, sería aplicable el art. 1255 CC cuando el contrato o alguna de sus cláusulas fuese contraria a las leyes, moral u orden público¹⁰⁷². Este podría ser el caso, en nuestra opinión, de aquel contrato entre los titulares de una aplicación móvil y el titular del dispositivo que instalase esa aplicación, en el que una de sus cláusulas previese la continua grabación (con desconocidos usos posteriores) de la voz. Además de la vulneración del derecho a la voz, entrarían en juego otros derechos como la intimidad o la protección de datos personales, por lo que nos parece suficiente para considerarlo contrario, cuando menos, a las leyes protectoras de la dignidad humana, empezando por el art. 10 CE. Esta postura es también compartida en la doctrina italiana, siendo de aplicación, como ya vimos, los arts. 1343 y 1418 CC italiano, reguladores del contrato nulo por ilicitud de causa, motivo u objeto. También, en parecidos términos, en la doctrina portuguesa, cuando establecen como límite a los contratos sobre los derechos de la personalidad el respeto al orden público.

Por otro lado, la interpretación que se haga del contrato de cesión debe ser estricta, algo que sí que parece compartir buena parte de la doctrina comparada y española. Incluso no veríamos mal, como ya proponía CLAVERÍA, que se exigiese tanto la forma escrita de estos contratos como la obligatoriedad de pactar un tiempo de duración,

¹⁰⁷² En este punto, somos de la opinión de INFANTE RUIZ / OLIVA BLÁZQUEZ (2009), pp. 31-32, quienes sostienen que para la declaración de nulidad de estos contratos, o de alguna de sus cláusulas, no hace falta recurrir a la institución de la causa (arts. 1271 y 1275 CC), sino que basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos de las partes vulneran la ley, la moral o el orden público.

aunque para ello debería modificarse la LO 1/1982, pues actualmente nada se dice, por lo que rige la libertad de forma –aunque entendemos que quedarían a salvo, como ya dijimos, aquellas cesiones gratuitas, que sí requerirán forma escrita *ex art. 632.2 CC*–. En todo caso, compartimos con VENDRELL su propuesta de utilizar el criterio interpretativo de la transmisión finalista, que facultaría al titular del derecho a recuperar las facultades cedidas argumentando que el uso con el que no se está de acuerdo no está cubierto por los límites temporales o materiales de la cesión¹⁰⁷³. En estos casos, será clave que los términos de la cesión sean lo más claros posibles. La doctrina ha venido estableciendo los extremos más comunes que deberán fijarse en los contratos de cesión de imagen, y que nosotros hacemos extrapolables, en la medida en que sean compatibles, a las cesiones de voz: las concretas grabaciones de la voz que serán objeto de divulgación; los medios a través de los cuales se producirá la divulgación de la voz; la finalidad de la divulgación; el ámbito geográfico; si debe realizarse por el cesionario o se permite que se divulgue también por terceros; si la autorización es exclusiva o se permite la convivencia de distintos cesionarios; el plazo durante el que se va a divulgar la voz; la remuneración, en su caso, del artista o persona que ceda la voz; o, en fin, la determinación de las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes¹⁰⁷⁴.

Por el contrario, si estamos ante cláusulas muy vagas en su formulación, deduciéndose una cesión “potencialmente abarcadora” de usos de la voz, compartimos la opinión de RESTA sobre la necesidad de interpretar estas cláusulas no de manera literal, sino de forma que solo se logre la cesión de la voz para aquellos usos que estén de acuerdo con

¹⁰⁷³ Esta interpretación restrictiva la podríamos englobar en el llamado “principio de especialidad”, y que significa que cualquier restricción del ámbito del contrato debe ser respetado en plenitud. Según GISCLARD (2014), p. 22-24, este principio se establece en buena parte de la doctrina europea, ya sea en forma de interpretación restrictiva de los contratos, ya de obligatoriedad de delimitación precisa del objeto del contrato.

¹⁰⁷⁴ GARZÓN VICENTE / DE LACALLE BAIGORRI (2008), pp. 635-637, respecto a las cesiones de imagen.

el propósito con el que se firmó el contrato¹⁰⁷⁵. Un ejemplo ya tratado sobre usos que excederían la finalidad para la que se cedió una voz lo encontramos en el caso del asistente de voz de una conocida marca tecnológica: al menos en su versión española, la titular de la voz que ahora muchos escuchamos en nuestros dispositivos de navegación, no fue contratada con tal fin sino para hacer grabaciones para conversores de texto en voz, en otra empresa que luego cedió dichas grabaciones a la tecnológica¹⁰⁷⁶.

Esto último nos lleva a entender que tampoco serán válidas, como viene siendo usual en materia de cesión de contrato, las cesiones del derecho de voz a terceros que no cuenten con el consentimiento del primer cedente y titular de la voz. Recientemente el TC ha establecido que, en el entorno digital, el consentimiento que se presta cuando se publica, por ejemplo, una fotografía en una red social, no se puede entender como un consentimiento tácito para el posterior uso por terceros, sino que solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad. Es decir, que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada¹⁰⁷⁷.

En esta línea, la voz podría aparecer, al igual que la imagen, como uno de los rasgos frente al que se consienta su uso al suscribir el contrato de adhesión de una red social. Estos contratos electrónicos puros (pues

¹⁰⁷⁵ Para casos de explotación de la imagen de los artistas de manera independiente al fonograma, GARZÓN VICENTE / DE LACALLE BAIGORRI (2008), p. 634, han exigido, primeramente, que se trate de un consentimiento expreso, pues en caso contrario solo se podrá utilizar para la publicidad y promoción de los productos musicales. Lo entienden así porque los nuevos usos de explotación comercial de la imagen exceden claramente el ámbito y consecuencias que, según la naturaleza del contrato discográfico, son conformes a la buena fe, por lo que los nuevos usos no se pueden entender automáticamente incluidos en el marco de estos contratos.

¹⁰⁷⁶ Estamos hablando del ya comentado caso de la voz de *Siri*, el asistente virtual de *Apple*.

¹⁰⁷⁷ Así lo entiende la STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828), FJ 4º, concretamente limitando el consentimiento del usuario de *Facebook* que sube una imagen para el uso que él da, es decir, para que sea observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.).

se formalizan mediante un clic en el botón de la aplicación digital previsto al efecto) presentan las llamadas condiciones de servicio, unas condiciones generales sobre las que, como es propio de esta modalidad contractual, el usuario no tiene capacidad de negociación. Y no solo eso, sino que el lenguaje generalista utilizado en estas cláusulas impide que se alcance la finalidad última, que sería la comprensión por el usuario del objeto, finalidad y plazo para el que se otorga la autorización sobre el uso de las imágenes (y de la voz, pues también se pueden publicar grabaciones). A todo ello se suma, por un lado, que las cláusulas suelen estar alojadas en lugares de difícil acceso para el usuario, y por otro, que la plataforma se reserva la posibilidad de modificar las condiciones de uso y privacidad en cualquier momento y sin necesidad de preaviso a los usuarios registrados con anterioridad. Es por todo ello que el TC ha considerado que el consentimiento dado para la utilización por terceros de la información suministrada por el usuario se desvanece; el hecho de publicar una fotografía en la red social, por mucho que sea de acceso público, no permite que terceros hagan uso de ella, pues la finalidad de la plataforma no es otra que la interrelación social con otros usuarios¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ FJ 4º STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828). Sobre la doctrina de los actos propios, también niega que se pueda aplicar en supuestos en los que un usuario de una red social publica una fotografía en su perfil y después esta es usada por un medio de comunicación con otro fin, pues el que el usuario haya hecho pública esa fotografía no quiere decir que esté creando en el medio la confianza de que autoriza su reproducción por ejemplo en una noticia (en el caso concreto apareciendo como víctima de un suceso).

CAPÍTULO V

POSIBLES ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA VOZ

Dada nuestra configuración de la voz como derecho de la personalidad, resulta indiscutible la tutela que la LO 1/1982 debe otorgarle, por lo que el estudio de las acciones contenidas en esta ley será el objetivo primordial del presente capítulo. Pero somos conscientes de que la protección de la voz, en determinadas situaciones, podrá conseguirse también a través de otros instrumentos jurídicos. Así, la normativa de protección de datos podrá entrar en juego cuando haya un tratamiento de la voz como dato de carácter personal; los derechos de propiedad intelectual, especialmente los derechos morales de los artistas, podrán ofrecer una tutela de la voz en determinadas interpretaciones artísticas; la normativa sobre marcas nos hará plantearnos si se puede proteger la voz como marca sonora; y las imitaciones in consentidas de la voz y su aprovechamiento comercial indebido podrán poner en funcionamiento las normas de Derecho de la competencia. Olvidar estos cuatro ámbitos supondría dejar el análisis de la protección de la voz incompleto, por lo que tras el estudio de la tutela otorgada por la LO 1/1982, expondremos las concretas acciones de defensa permitidas por el resto de normativas mencionadas, haciendo una breve alusión a los derechos y premisas de las que partimos, advirtiéndole al lector de que no se tratará de un estudio exhaustivo, por exceder de los propósitos de este trabajo de investigación, sino más bien orientado a engranar la tutela en esos cuatro ámbitos con la otorgada a la voz como derecho de la personalidad. En definitiva, lo que nos proponemos es delimitar los casos en los que resulta aplicable una u otra normativa, así como aquellos otros en los que pueda haber una concurrencia de pretensiones.

1. La tutela de la voz como derecho de la personalidad

1.1. INTRODUCCIÓN: LA TUTELA OTORGADA POR LA LO 1/1982

Dejando a un lado la compatibilidad *ex art.* 1.2 LO 1/1982 que la tutela civil presenta con la tutela penal en los delitos de injurias y calumnias en el caso del derecho al honor¹⁰⁷⁹, es principalmente el art. 9 LO 1/1982 el que se encarga de regular, de forma conjunta para todos ellos, la tutela otorgada a los derechos de la personalidad¹⁰⁸⁰. Debemos partir de que la protección a la que nos estamos refiriendo no tiene solo como objetivo el resarcimiento de los daños causados, sino que se trata de una protección más amplia: reintegrar al titular del derecho en la posición jurídica conferida por la norma. Así, se reconocerán unas acciones de cesación, remoción y restitutorias (resarcitorias y recuperatorias) que, como veremos, no dependerán de la existencia de un daño o de la culpa del infractor, presupuestos característicos de la acción de responsabilidad extracontractual¹⁰⁸¹.

La LO 1/1982 contempla en su art. 9 las medidas de protección para los casos de intromisiones en los derechos de la personalidad. La

¹⁰⁷⁹ Aunque fue la STC 241/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991/241) la que primero intentó arreglar la compatibilidad entre ambas vías entendiendo que no podía negarse el acceso a la vía civil si no había pendiente un proceso penal, (dado que el primigenio art. 1.2 LO 1/1982 solo decía que “cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal”) no fue hasta aprobado el CP de 1995 que se dio nueva redacción al art. 1.2 LO 1/1982, en el que ya se establece claramente la posibilidad de acudir a la tutela del art. 9 LO 1/1982 aunque los hechos generadores de la intromisión puedan ser constitutivos de delito, y que en todo caso serán aplicables los criterios de dicha ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito. Entre la última doctrina que se ha ocupado de este solapamiento de protección, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE / DE LAS HERAS VIVES (2019), pp. 204-217.

¹⁰⁸⁰ Lo que quizá sea un error, como ya ha hecho notar YZQUIERDO TOLSADA (2018), p. 221.

¹⁰⁸¹ No obstante, como bien apunta VENDRELL CERVANTES (2012), pp. 1201-1205, y también en (2014), p. 41, nota 22, buena parte de la doctrina ha identificado tradicionalmente a la función resarcitoria como la primordial de los derechos de la personalidad, cuando los instrumentos de defensa de los mismos son mucho más amplios.

primera redacción dada a este artículo decía, en su apartado segundo, que la tutela judicial comprendería “la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”. Después establecía, a modo ejemplificativo (derivado de la expresión “entre dichas medidas *podrán* incluirse”), el cese cautelar e inmediato de la intromisión, el derecho de réplica, la difusión de la sentencia y la indemnización de los perjuicios causados.

A estas medidas la doctrina añade el derecho de rectificación regulado en la LO 2/1984¹⁰⁸², otorgado por su art. 1 a toda persona por la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio, acción cuyo ejercicio es considerado compatible con la tutela derivada de la LO 1/1982¹⁰⁸³.

El art. 9 LO 1/1982 establecía, en su apartado tercero, la presunción del daño, la extensión de la indemnización al daño moral, y criterios para valorar este (circunstancias del caso y gravedad de la lesión, teniendo en cuenta, en su caso, la difusión del medio) y un tanto confusamente, añadía una última frase en donde decía que “también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”¹⁰⁸⁴.

Tras la nueva redacción dada por la DA 2ª de la LO 5/2010¹⁰⁸⁵, se mantiene la idea de reparación íntegra y restablecimiento de la situación

¹⁰⁸² Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. BOE de 27 de marzo de 1984, y en vigencia desde el 16 de abril de 1984.

¹⁰⁸³ MARTÍN CASALS (1990 A), p. 383.

¹⁰⁸⁴ Lo cierto es que esta expresión estaba mezclando un criterio de naturaleza recuperatoria dentro de una tutela resarcitoria, y no estaba nada claro si el beneficio debía ser en su totalidad devuelto, o solo tomarlo como criterio valorativo del daño resarcible. OTERO CRESPO (2012), p. 298.

¹⁰⁸⁵ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 23 de junio de 2010, en vigencia desde el 23 de diciembre de 2010. Esta ley no solo modifica el CP, sino también otras leyes (entre las que se encuentra la LO 1/1982) mediante sus

anterior a la intromisión, pero las medidas se concretan en el art. 9.2 LO 1/1982 en cuatro apartados: (a) el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración y cese de la intromisión, y la reposición del estado anterior (y la difusión de la sentencia cuando se trate de atentados al honor) (b) la acción de abstención (prevenir intromisiones inminentes o ulteriores); (c) la indemnización de daños; y (d) la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión.

Con esta nueva formulación de los medios de protección de los derechos de la personalidad, la mayoría de la doctrina opina que la tutela dispensada es cierta y afortunadamente amplia, permitiendo que el ofendido ponga en práctica diferentes remedios¹⁰⁸⁶. Ciertamente es que en lo que respecta a la protección de la voz, escasamente se han utilizado estos remedios civiles. Pero como apuntó hace tiempo LÓPEZ JACOISTE, han sido “los procesos reclamatorios por daños civiles [los que] han proporcionado hasta ahora la ocasión más propicia para reconocer y definir derechos de la personalidad. Al dar lugar al resarcimiento en un tema acaso nuevo, al conceder una indemnización en una hipótesis quizá inusual, se está delatando en definitiva la proyección hasta ese mismo punto del área protegida de la persona”¹⁰⁸⁷. Palabras que creemos siguen teniendo plena vigencia hoy, en donde ya hemos declarado la “natural expansión y el dinamismo abierto que caracteriza a los derechos de la personalidad”¹⁰⁸⁸, expansión que necesariamente debe abarcar al derecho a la voz.

1.2. LAS ACCIONES PREVENTIVAS O INHIBITORIAS

El art. 9.2 b) LO 1/1982 prevé expresamente que la tutela judicial comprenderá la adopción de medidas destinadas a prevenir

disposiciones finales, pues con el fin de evitar todo enriquecimiento injusto del que, habiendo sido condenado en sentencia firme, hace ostentación de la conducta criminal perpetrada obteniendo un lucro económico con ello, se reformula todo el art. 9 de la LO 1/1982 para impedir este enriquecimiento de manera genérica, no solo en los casos de sentencia penal con posterior intromisión.

¹⁰⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1444.

¹⁰⁸⁷ LÓPEZ JACOISTE (1986), p. 1061.

¹⁰⁸⁸ LÓPEZ JACOISTE (1986), p. 1061.

intromisiones inminentes o ulteriores. La acción de abstención invita al intromisor a no atentar nuevamente contra los derechos de la personalidad¹⁰⁸⁹. Serviría, por ejemplo, para que una empresa de la que se tiene noticia que está en fase de grabación de un anuncio publicitario, se abstenga de utilizar una determinada voz sin consentimiento de su titular. Ciertamente, será difícil anticiparse y evitar la difusión y por tanto agravamiento de la conducta intromisiva, pero no imposible.

Las acciones preventivas o inhibitorias resultan fundamentales cuando estamos ante intromisiones que pueden generar una rápida difusión del derecho infringido, algo claramente imaginable en el mundo globalizado en el que vivimos, y que podría generar nuevas intromisiones. Caso paradigmático es la difusión de fotografías o grabaciones que se encuentren en la web o en aplicaciones de mensajería instantánea. Así, estas medidas requerirán de una pericia no solo en cuanto a la rapidez con la que se tomen, sino de esfuerzos tecnológicos que consigan borrar todo rastro de aquella primera intromisión, pues en caso contrario podría producirse el “efecto Streisand”¹⁰⁹⁰, que ocurre cuando se pretende retirar determinada información de la web pero con la consecuencia precisamente contraria, que el hecho genere curiosidad a personas que antes no se hubiesen interesado y se produzca una difusión sin límites de aquella fotografía o grabación.

¹⁰⁸⁹ En otras, las SSTs 912/2000, de 11 de octubre (RJ 2000/7722), 1000/2000, de 6 de noviembre (RJ 2000/9910) y 995/2000, de 6 de noviembre (RJ 2000/9590).

¹⁰⁹⁰ La denominación de “efecto Streisand” proviene precisamente de un caso en el que la actriz Barbra Streisand trató de que se retirase una fotografía de la costa californiana en la que se apreciaba su mansión. Tras demandar al fotógrafo, las descargas de la imagen pasaron de 6 a 420.000, logrando, por tanto, lo contrario a lo que se pretendía con la demanda, que por cierto fue desestimada. Entendemos que en este caso se deberían haber tomado medidas preventivas, retirando cautelarmente la fotografía del catálogo en el que figuraba, y, si terminado el juicio se consideraba que no había intromisión, se podría volver a subir a la web. *Streisand v. Adelman et al.*, SC 077, 257 (Cal. Sup. Court, Dec. 31 2003).

1.3. LAS ACCIONES DE RESTAURACIÓN Y RESARCIMIENTO ESPECÍFICO

Bajo esta rúbrica englobamos las acciones de declaración y cese, rectificación y difusión de la sentencia, previstas en el art. 9.2 a) LO 1/1982.

La acción de cesación permite que se declare el cese inmediato de la intromisión, constituyendo esta acción también una función declarativa de la intromisión. Las acciones que permiten la difusión de la sentencia y el derecho de rectificación son las consideradas por la doctrina como de “resarcimiento específico”¹⁰⁹¹ o “complementario”¹⁰⁹². Así, se prevé en el art. 9.2. a) la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión ilegítima¹⁰⁹³.

Una medida que se podría adoptar en los casos en los que se haya utilizado una voz con fines comerciales o publicitarios, sin consentimiento de su titular, sería no solo la supresión de tal uso, sino también la indicación, en el mismo producto o anuncio, de que esa persona había manifestado su rechazo a que se estableciese ningún tipo de vinculación con ella.

1.4. LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

La acción de indemnización de daños ha sido el principal instrumento de defensa civil de los derechos de la personalidad. Así lo han entendido tradicionalmente una mayoría de civilistas. Aunque desde la promulgación de la LO 1/1982 se prevea una tutela específica, la doctrina postula que las normas generales de responsabilidad civil siguen desempeñando un papel importante en la medida en que muchas de las reglas más específicas se articulan con los conceptos y categorías propias del Derecho de daños, que por otra parte son los que han servido de molde para formalizar los nuevos mecanismos de protección. Así y

¹⁰⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1463.

¹⁰⁹² GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 630.

¹⁰⁹³ Sobre la falta de precisión del legislador a la hora de regular esta medida reparatoria, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA (2014), pp. 1445-1449, quien intenta suplir las lagunas acudiendo al Proyecto de Código Penal de 1992.

todo, ante una intromisión, se defiende que lo más idóneo será acudir a las acciones específicas de la LO 1/1982¹⁰⁹⁴.

Esta tutela específica, en lo que se refiere a la acción de resarcimiento de daños, está prevista actualmente en el art. 9.2. c) LO 1/1982. De ella, lo que realmente resulta llamativo por apartarse del mencionado sistema general de responsabilidad civil, son las dos reglas del art. 9.3 referidas a esta acción: por un lado, la presunción del perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima¹⁰⁹⁵. Por otro, el establecimiento expreso de que la indemnización se extenderá al daño moral, primera norma que, en el orden civil, reconoció la compensación de tal daño.

1.4.1. La presunción del daño moral

Como decimos, el art. 9.3 LO 1/1982 presume el perjuicio siempre que se acredite una intromisión¹⁰⁹⁶. Se ha discutido si estamos ante una

¹⁰⁹⁴ En este sentido, GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 626.

¹⁰⁹⁵ Como señala YZQUIERDO TOLSADA (2014), pp. 1451-1452, a lo que más se había llegado en nuestro ordenamiento era a dar por probada la culpa e incluso a prescindir de ella como factor de atribución de responsabilidad, pero aquí lo que se está presumiendo es el daño. En el Derecho italiano, ALPA (2018), pp. 33-34 se refiere al *ilícito sin daño* para referirse a este tipo de hecho, diciendo que el art. 2043 CC italiano contiene esta acepción de daño injusto como lesión de un interés protegido, donde la simple lesión implica resarcimiento. Por lo que no ve necesario diferenciar, a los efectos del ilícito civil, entre lo que se podría denominar el “daño evento” (la lesión del interés) y el “daño consecuencia” (los efectos de la lesión), pues comprende ambos.

¹⁰⁹⁶ La presunción del daño moral del art. 9.3 LO 1/1982 ha sido la base sobre la que AGUILERA RULL (2017), p. 574 ha defendido la adopción de la misma regla para las conductas discriminatorias, por considerar que las razones que avalan la aplicación de la presunción se dan en uno y en otro caso. Su sensata argumentación concluye con que “no parece muy razonable la exigencia jurisprudencial a la víctima de la discriminación de que esta aporte indicios de la existencia de un daño moral. Por el contrario, resulta mucho más apropiada la regulación que en su momento propuso el legislador español en el art. 25.1 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que finalmente no fue aprobado”. En él se decía, al igual que se siguió diciendo en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG núm. B-67, de 30 de julio de 2019, p. 1), que “acreditada la discriminación se presumirá la existencia de un daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente

presunción del daño *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Un sector doctrinal ha postulado que estamos ante la segunda, por ejemplo, en un caso con clara repercusión en el derecho a la intimidad (y en nuestra opinión también en el derecho a la voz): la colocación de micrófonos en una vivienda privada ya constituye de por sí un daño, independientemente de que se haya hecho uso de ellos o no. Así, se entiende que si finalmente “no ha existido captación de imágenes” (o de voz), ello podrá ser tenido en cuenta a la hora de establecerse la cuantía de la indemnización, pero el daño existe. Fuera de este supuesto, la presunción del daño moral tendría carácter *iuris tantum*¹⁰⁹⁷.

También encontramos doctrina que ha considerado esta presunción como excesiva, opinando que establecerla para todas las intromisiones puede resultar abusivo. Siguiendo con el ejemplo anterior, la consideración de la mera captación de la imagen como intromisión ilegítima podría no suponer, según esta opinión, perjuicio alguno para su titular, ni moral ni material, por lo que, de interponerse una demanda estaríamos ante lo que considerarían un abuso de derecho¹⁰⁹⁸.

De todas formas, entendemos que el tenor de la ley es claro, por lo que, existiendo intromisión, habrá daño. De hecho, la jurisprudencia ha dejado claro que estamos ante una presunción *iuris et de iure*¹⁰⁹⁹. Otra cosa será que, cuando estos casos de intromisiones por mera colocación de aparatos de escucha lleguen a los tribunales (que serán los menos), se puedan utilizar otras vías para salvar la “leve” intromisión, argumentando que la captación de la imagen queda amparada por el ejercicio de la libertad de expresión, o aplicando alguna de las excepciones del art. 8 LO 1/1982¹¹⁰⁰.

producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Lamentablemente, esta nueva proposición también se encuentra caducada (BOCG núm. D-70, de 23 de octubre de 2019, p. 30).

¹⁰⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA (2014), p. 1452.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, BLASCO GASCÓ (2008 B), pp. 15-16.

¹⁰⁹⁹ Entre otras, SSTs 130/2020, de 27 de febrero (RJ 2020/613) y 284/2009, de 24 de abril de 2009 (RJ 2009/3166).

¹¹⁰⁰ Así sucedió en la comentada SAP Toledo (secc. 1ª), 117/2019, de 27 de septiembre (JUR 2019/293101), en un caso en el que un ayuntamiento utilizaba en su programa

En cuanto al alcance de la presunción, se discute si comprende solo al daño moral, o también al patrimonial. Mayoritariamente la doctrina entiende que solo al primero, pues el segundo sigue quedando sujeto a la exigencia de prueba propio de las acciones indemnizatorias comunes, como explicaremos en el siguiente apartado¹¹⁰¹.

En definitiva, el cambio de perspectiva desde la acción del art. 1902 CC a la prevista en el art. 9.3 LO 1/1982 no es baladí. Se refleja a la perfección en la STS 284/2009, de 24 de abril de 2009¹¹⁰², cuando en su FJ 1º la cuestión jurídica planteada es, precisamente, cuál de los dos sistemas normativos (el de los derechos de la personalidad o el de la responsabilidad común) se considera aplicable cuando estamos ante la inclusión errónea de una persona en un fichero de morosos. Como bien expone la sentencia, si se apuesta por la vía del art. 7.7 LO 1/1982, que tipifica la intromisión ilegítima en el derecho al honor, el art. 9.3 de la misma ley proclama la presunción *iuris et de iure* de la existencia del perjuicio, así como su extensión al daño moral. Por el contrario, si se entiende que los casos de ficheros de morosos quedan en el ámbito de la normativa común, sea responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) o incumplimiento contractual (art. 1101 CC), se exigirá la prueba por el demandante de los perjuicios, que por cierto no conllevarán, necesariamente, un daño moral.

1.4.2. El resarcimiento de los daños morales y patrimoniales

Aunque se ha venido asumiendo que el perjuicio resarcible ante las intromisiones en los derechos de la personalidad es normalmente de naturaleza moral, hoy ya es innegable que, sobre todo en ciertos derechos con un alto valor económico, el resarcimiento debido por su

de fiestas la imagen de los menores de un colegio del municipio, ante la reclamación de uno de los padres por vulneración del derecho a la propia imagen del menor, se concluyó por la audiencia que se estaba ante un uso meramente accesorio, pues se trataba de una perspectiva general de un colectivo de personas, en el que el niño en cuestión no tenía una posición destacada, además de que la foto había sido tomada en un concurso festivo y público.

¹¹⁰¹ MARTÍN CASALS / SALVADOR CODERCH (1989), pp. 757-758; YZQUIERDO TOLSADA (2014), pp. 1452-1453.

¹¹⁰² STS 284/2009, de 24 de abril de 2009 (RJ 2009\3166).

violación puede también incluir daños patrimoniales. En lo que aquí nos interesa, estos daños económicos se darán, especialmente, cuando estemos ante personas con una voz conocida, ya sea por su fama, ya sea porque su voz constituye su instrumento de trabajo (e incluso su “instrumento musical”, como comentamos en su momento¹¹⁰³). Por lo tanto, queda claro que los daños producidos en el ámbito de los derechos de la personalidad podrán tener tanto una naturaleza moral como patrimonial.

1.4.2.1. El daño moral

El daño no patrimonial o moral es aquel que recae en elementos o intereses de difícil estimación pecuniaria, porque su contenido queda al margen de lo económico. Es el infligido en las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud psíquica de las personas¹¹⁰⁴. Esto no significa que estos bienes no puedan ser resarcidos en dinero, pero tal resarcimiento actúa como utilidad sustitutiva del bien jurídico afectado¹¹⁰⁵.

La indemnización del daño moral se ha admitido ampliamente por nuestra doctrina y jurisprudencia desde la conocida STS de 6 de diciembre de 1912, ya comentada¹¹⁰⁶. A día de hoy el daño moral sigue careciendo de una regulación expresa en el Código civil, al contrario de lo que sucede en la mayoría de ordenamientos vecinos¹¹⁰⁷. De todas

¹¹⁰³ *Vid. supra* ap. 1.3, cap. III.

¹¹⁰⁴ MARTÍN CASALS (1990 B), p. 1234, distingue dos aspectos dentro del daño moral: un aspecto interno que se concreta en sensaciones como el dolor, o sentimientos como el pesar, las preocupaciones, la angustia; y un aspecto externo que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior.

¹¹⁰⁵ La STS 533/2000, de 31 de mayo (RJ 2000/5089), F.J. 2º, reconoció que el daño moral “constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad”.

¹¹⁰⁶ *Vid. ap.* 6.5.2, cap. I.

¹¹⁰⁷ NIETO ALONSO (2006), p. 1118, indica que, tanto el artículo 266.1 CC francés como los artículos 47, 49 y 151.2 CC suizo se refieren a la reparación del perjuicio moral; el CC portugués prevé, en su artículo 496, la reparación de los daños no

formas, se entiende implícitamente contemplada su resarcibilidad en el art. 1902 CC o bien, como dispone la jurisprudencia, en base en la genérica alusión que se hace a “todos los daños” en el art. 1107.2 CC, en sede contractual, pero que también se hace extrapolable, como sucede con otras cuestiones, al ámbito extracontractual¹¹⁰⁸.

El art. 9.3 LO 1/1982 sí que expresa que la indemnización se extenderá al daño moral, y tiene el mérito de haber sido la primera norma que consideró, en el orden civil, este tipo de daño de una manera autónoma. En lo que se refiere a su valoración, es constante la doctrina jurisprudencial que no admite que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE, una indemnización simbólica convertiría la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual incompatible con el contenido de los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego¹¹⁰⁹. La valoración que se hizo del daño moral en el ya comentado *caso Maria Callas* no sería admisible en el ordenamiento español, pues recordemos que el tribunal parisino, aun reconociendo la ilicitud de la conducta del demandado por haber grabado y difundido inconsentidamente la voz de la cantante, concedió a sus herederas la simbólica indemnización de un franco¹¹¹⁰.

Para facilitar la valoración del daño moral, el art. 9.3 LO 1/1982 menciona, sin ánimo de exhaustividad, varios criterios a tener en cuenta: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión, y la difusión o audiencia del medio. En lo que se refiere al primer criterio, habrán de tenerse en cuenta, por ejemplo, las circunstancias personales, profesionales o familiares, la existencia o no de previa provocación, o la reputación social. Sobre el segundo de los criterios, compartimos la

patrimoniales; y el BGB, § 826, ha reconocido el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños que atenten contra las buenas costumbres.

¹¹⁰⁸ NIETO ALONSO (2006), pp. 1117-1118, citando la STS 1163/2003, de 9 de diciembre (RJ 2003/8643) y la SAP de Valencia, 597/2004, de 2 de noviembre (AC 2004/1994).

¹¹⁰⁹ SSTs 386/2011, de 12 de diciembre (RJ 2012/35); 130/2020, de 27 de febrero (RJ 2020/613).

¹¹¹⁰ Sobre el *caso Maria Callas*, *vid.* ap. 2.1.4, cap. III.

opinión doctrinal de que la toma en consideración de la gravedad de la lesión indica que el legislador no es indiferente a la especial naturaleza de estos derechos, estableciendo un criterio *ex lege* de agravación de la conducta para la cuantificación de los daños morales, lo que puede entenderse como una suerte de compensación punitiva¹¹¹¹.

Las intromisiones en el derecho a la voz de las personas comportarán, por tanto, un daño moral. Cuando estudiamos las intromisiones ilegítimas de las que podía ser objeto la voz, vimos que la mera colocación de aparatos de escucha ya se considera intromisión según el art. 7.1 LO 1/1982. En este caso, la cuantificación del daño dependerá, por ejemplo, del concreto lugar en el que se haya colocado el aparato, del número de personas que podría potencialmente grabar, o de la condición de estas personas.

Por otro lado, en el supuesto de la intromisión del art. 7.5 LO 1/1982, que nosotros aplicamos por analogía a la voz, la grabación de la voz de personas en lugares o momentos de su vida privada nos llevaría a tener en cuenta los mismos criterios valorativos expuestos para el caso anterior. Nótese que este sería un supuesto agravado respecto de aquel, por lo que la indemnización también depende de la propia intromisión: es más grave captar y reproducir efectivamente la voz, que meramente colocar aparatos de escucha listos para su grabación. De haberse dilucidado el *caso Maria Callas* en el seno de los tribunales españoles y con aplicación del Derecho español, la indemnización por daño moral vendría dada por este supuesto intromisivo, en relación con el art. 4 LO 1/1982 (dado que son las herederas las que interponen la acción, en lo que sería la defensa de la memoria de la cantante), debiéndose de tener en cuenta el lugar específico en el que se realizó la grabación (el Teatro de los Campos Elíseos), el hecho de que se trataba de pruebas de voz de una María Callas que no se sentía satisfecha con ellas, el medio por el que se difundieron, o el número de oyentes que escucharon el programa de radio. Por otra parte, los casos españoles que versan sobre grabaciones inconsentidas de voz e imagen captadas mediante cámara oculta,

¹¹¹¹ OTERO CRESPO (2012), p. 298.

creemos que también generan una indemnización por daños morales por intromisión en el art. 7.5 LO 1/1982 no solo en lo que se refiere al derecho a la propia imagen, sino también en lo que alcanza a la captación de la voz. La obligación de distorsionar tanto a la imagen como la voz, equiparándolos en cuanto a que ambos sirven para identificar a las personas grabadas, nos lleva a sostener que estamos ante la intromisión en dos derechos diferentes, y no meramente ante una vulneración del derecho a la propia imagen “intensificada” por el hecho de que también se ha captado la voz¹¹¹².

Por último, el uso inconsciente de la voz con un fin publicitario, comercial o de naturaleza análoga previsto como intromisión en el art. 7.6 LO 1/1982, constituye sin duda el más claro ejemplo de daño moral (además de que pueda generar también, como veremos, daños patrimoniales), tanto si estamos ante la voz auténtica de la persona, como si estamos ante una imitación que induzca a pensar que estamos realmente ante esa persona. Prácticamente todos los casos comentados tanto en el Derecho comparado como en el español que se refieren a usos ilícitos de la voz de un artista, comportaban este tipo de daños morales. Por ejemplo, el caso *Claude Pieplu* francés, en el que se concede a este comediante una indemnización por daños morales cuando se imita su particular voz en un anuncio, en la medida en que los telespectadores podían creer que estaba alabando un producto cuando él no había participado en esa publicidad. Igual le sucedió a su colega estadounidense Bert Lahr, cuya original voz fue imitada en un anuncio de un producto de limpieza¹¹¹³. Las imitaciones de voz utilizadas sin la debida autorización podrán, por tanto, afectar a las creencias, sentimientos o a la dignidad de la persona, siendo de todos los casos el de Tom Waits (1992) el que mejor lo refleja. La imitación de la voz del cantante supuso para el tribunal californiano una intromisión en su derecho a la voz generadora de *mental distress damages* por la humillación y vergüenza sufrida por el cantante al verse asociado a un anuncio publicitario, sentimiento acrecentado por la supuesta hipocresía que muchos oyentes le reputarían al creer que quien

¹¹¹² F.J. 4º, STC 25/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/25).

¹¹¹³ Vid. Cap. III, ap. 2.1.4 y 2.1.5.1 respectivamente.

reiteradamente se había opuesto en público a que los artistas participasen en publicidad, finalmente había actuado en contra de sus principios. De hecho, también considera el tribunal afectada su reputación artística, por haberse mantenido siempre al margen de comerciabilidad. Igual solución creemos que operaría en el caso Tom Waits (2005), dilucidado en el seno de nuestros tribunales, pero que se resolvió por la vía de los derechos de propiedad intelectual. Aunque en esta ocasión se trataba de la imitación de su voz dentro de una canción de su autoría, si seguimos lo defendido en el capítulo cuarto de este trabajo, la autorización para el uso, reproducción y distribución de la canción no ampara a que se haga otro uso de ella con un fin totalmente diferente para el que fue concebida, como es anunciar una marca automovilística. La interpretación restrictiva del contrato lo impediría.

Finalmente, mención aparte merece el ya comentado caso *voz del metro*, en el que se condena a la empresa encargada del transporte por metro de Barcelona al pago de una indemnización por utilizar unas grabaciones de voz para el anuncio de las paradas de metro sin contar con el consentimiento de su titular. Recordemos que la AP declaró vulnerada la vertiente patrimonial del derecho de imagen, comprendiendo en este derecho la protección de la voz. Así, afirmó la sentencia de instancia, que había condenado a la empresa al pago de la cantidad de 2.404,05 € “por el daño moral derivado de la intromisión ilegítima”. Lo cierto es que el demandante y titular de la voz había solicitado, en su demanda, un resarcimiento no solo por el daño moral, sino también por el “lucro cesante” que la infracción acarreaba. Pero como podemos observar, parece que solo se le concede indemnización por los daños morales¹¹¹⁴, aunque la AP lo haga confusamente al considerar que se vulnera la vertiente patrimonial y no moral, del derecho de imagen. Creemos que, de vulnerarse el aspecto patrimonial

¹¹¹⁴ Dado que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona (autos de Juicio de Menor Cuantía, núm. 67210) no está en las bases de datos, no hemos podido comprobar si la magistrada de dicho juzgado entró a analizar los conceptos de daño resarcible, en concreto el daño moral y lucro cesante que solicitaba el demandante, que cifraba en tres y en dos millones de pesetas (18.000 € y 12.000 €) respectivamente, ni qué circunstancias valoró para conceder finalmente los 2.404,05 €

del derecho de imagen (*rectius* sería del derecho a la voz), además de poderse derivar daños morales, en este caso resulta indiscutible la presencia de un daño patrimonial en concepto de lucro cesante, el cual se podría haber calculado fácilmente atendiendo a las cantidades abonadas generalmente por la empresa para este tipo de uso de la voz¹¹¹⁵. Por lo que conviene analizar, a continuación, los daños patrimoniales de los que estamos hablando.

1.4.2.2. El daño patrimonial

La LO 1/1982 solo establece los criterios de cuantificación del daño moral, por lo que a la hora de valorar el daño patrimonial tendremos que acudir a los criterios generales de cuantificación del daño del art. 1106 CC. Este precepto distingue entre el daño emergente (“el valor de la pérdida que haya sufrido” el acreedor) y el lucro cesante (“el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”). Así, el primero se podría definir como el perjuicio efectivamente infligido al patrimonio o persona lesionados, refiriéndose tanto al coste de la reparación necesaria del daño causado, como a los gastos en los que haya incurrido con ocasión del menoscabo¹¹¹⁶. El lucro cesante, por su parte, sería la pérdida de ingresos que traen su causa directa e inmediata en la lesión sufrida, comprendiendo los incrementos patrimoniales que se esperaba poder obtener por el perjudicado, pero que se han visto frustrados por la conducta u omisión del agente¹¹¹⁷.

Las mayores dificultades nos las encontraremos, como señala MORALES MORENO, a la hora de determinar la existencia (cuestión de

¹¹¹⁵ Como señala MORALES MORENO, (2010), p. 54, en los contratos de servicios, la remuneración del servicio, descontados los gastos, es el lucro que obtiene el contratante que presta el servicio.

¹¹¹⁶ Así lo entiende OTERO CRESPO (2013), p. 53, quien matiza que los “gastos” se refieren a detrimentos efectivamente producidos, pues se trata de gastos realizados y conectados causalmente con el hecho dañoso. Para un mejor entendimiento de las diferentes nociones de daño (no solo en lo que respecta a esta clasificación entre daño emergente y lucro cesante, sino también entre daño tangible e intangible, directo e indirecto, intrínseco y extrínseco), nos remitimos al pormenorizado estudio que realiza esta autora (pp. 46-64), quien resume y actualiza las posturas clásicas citando a doctrina tanto española como comparada.

¹¹¹⁷ OTERO CRESPO (2013), pp. 53-54.

prueba) y al establecer los límites (cuestión de imputación objetiva) de la indemnización del lucro cesante¹¹¹⁸. Pues para que se compensen los daños patrimoniales, habrá de demostrarse tanto el daño como la imputación del mismo, ya que aquí no opera la presunción del daño, prevista, según el entender de la doctrina mayoritaria y que compartimos, *ex lege* solo para los daños morales en el art. 9.3 LO 1/1982. La jurisprudencia viene reiterando que la indemnización del lucro cesante debe abordarse mediante criterios que deben buscar un equilibrio que huya tanto de su rechazo por entender que tiene carácter hipotético, como de su admisión incondicional, debiendo fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento. Así, se requerirá una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia o, en fin, que las ganancias dejadas de obtener no sean dudosas ni contingentes¹¹¹⁹. No obstante, también hay sentencias que se muestran un poco más proclives a concederlo bajo criterios de probabilidad, indemnizándose aquella pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir¹¹²⁰. De hecho, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos¹¹²¹, en el artículo 1207 –el que vendría a sustituir el 1106 actual– señala que “para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias”.

Lo cierto es que en los casos que incumben a los derechos de la personalidad resulta difícil encontrar situaciones en las que se pueda probar, efectivamente, un lucro cesante de acuerdo con los parámetros

¹¹¹⁸ MORALES MORENO (2010), pp. 22 y 23.

¹¹¹⁹ Entre otras, la STS 221/2012, de 9 de abril (RJ 2012/8986), citada por el ATS de 18 de diciembre de 2019 (JUR 2020/3690), F.J. 5º.

¹¹²⁰ STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 859).

¹¹²¹ La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos fue presentada en 2009 por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española.

a los que lo somete la jurisprudencia anteriormente comentada¹¹²². Así y todo, sí que creemos que tendría cabida en la situación de aquel doblador (o artista en general) que ve cómo se utiliza a otra persona para doblar una película en una de sus lenguas propias: estaría viendo sustituida su voz por una persona que obtendría unas ganancias que él, de forma correlativa, estaría perdiendo. En este caso, la “bilateralización del lucro cesante” no viene dada por una situación competencial entre ambas partes, como veremos en el siguiente caso, sino por un específico derecho moral que ostentan los artistas, que es el derecho a la integridad de su prestación (y que incluye la autorización para doblar en su propia lengua *ex art. 113 LPI*)¹¹²³.

Otro ejemplo sería, de forma análoga a como la doctrina lo ha planteado para un hipotético caso muy concreto de uso inconsentido de la imagen de un artista, el de aquella persona contratada por una entidad para poner voz –y siendo la voz conocida por un gran público, por lo que la asociación con su persona sería inmediata– a un anuncio publicitario destinado a recaudar fondos para una determinada enfermedad. Si otra entidad, única dedicada, junto a la primera, a esa misma finalidad, utilizase sin autorización esa misma voz para otra campaña publicitaria, la primera podría reclamarle a la segunda las ganancias obtenidas en su campaña, en la que utilizaba sin consentimiento la voz del artista, pues coincidirían con el lucro cesante de la entidad que sí disponía de licencia, con el daño concreto causado a su patrimonio¹¹²⁴. Añadiríamos que el titular de la voz también tendría derecho a demandar a la segunda compañía, aunque por infracción de sus derechos morales y sin necesidad de probar el daño, pues bastará con acreditar que se ha hecho un uso inconsentido de su voz (en cambio la faceta patrimonial estaba cedida, para ese concreto uso, a la primera entidad, por lo que no podrá reclamar por ese concepto).

¹¹²² Las sentencias que presentan un análisis pormenorizado del lucro cesante suelen referirse a contratos de préstamo, de responsabilidad civil por accidentes de circulación, etc.

¹¹²³ Analizaremos en detalle el art. 113 LPI en el ap. 3.2, cap. V.

¹¹²⁴ VENDRELL CERVANTES (2012), pp. 1190-1191.

En cambio, otros casos como el de *Tom Waits* no pueden ser encuadrados bajo la lógica de la reclamación de daños por lucro cesante, puesto que el cantante nunca tuvo intención de explotar su personalidad, y menos la voz, su rasgo más distintivo. Así lo demuestran sus reiteradas manifestaciones en contra de utilizar la publicidad o cualquier medio de comercialización por parte de los artistas, por lo que no sería coherente que pudiese alegar como lucro frustrado que se haya hecho un uso inconsciente de su voz en anuncios publicitarios¹¹²⁵. Otra cosa será que tenga derecho a que se le reintegre el valor de su derecho usurpado mediante la acción de enriquecimiento sin causa. Así, será lo correcto encuadrar estas pretensiones patrimoniales dentro de la lógica del enriquecimiento sin causa, concretamente en la *condictio* por intromisión, como explicaremos en el siguiente apartado, y cuya dificultad radicará no tanto en su cuantificación, que también, sino sobre todo en los límites a los que se podría someter esta acción.

1.5. LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1.5.1. Introducción

La institución de la acción de enriquecimiento injusto asentada sobre la máxima “nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de otro”, regla que ya aparecía en el Digesto¹¹²⁶ y que después fue trasladada a las Partidas¹¹²⁷, es uno de los instrumentos de los que

¹¹²⁵ Así lo entiende BASOZÁBAL ARRÚE (2019), pp. 122-123 para el ejemplo de aquel que bajo ningún concepto hubiese alquilado un balcón con vistas durante las fiestas de San Fermín. No se podría apreciar como daño la renta de alquiler habiéndose declarado en innumerables ocasiones estar en contra de dichos alquileres. Pero nadie podría negar el derecho a que se le reintegrara en su derecho usurpado si su balcón fue ocupado sin su consentimiento por los vecinos. En cambio, la situación variaría si normalmente alquilase ese balcón, dado que la ocupación por parte de sus vecinos le habrían impedido obtener ese lucro (por lo que, si no hubiese más daño que ese lucro cesante y se correspondiese con el valor de reintegración de su derecho, las acciones serían alternativas por confluencia de las pretensiones materiales de ambas).

¹¹²⁶ D. 5, 17, 206 y 12, 6, 14: “*Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*”.

¹¹²⁷ Partida VII, 34, 27: “*Ninguno non deve enriquecerse tortizadamente con daño de otro*”.

disponemos en nuestro ordenamiento para remediar desequilibrios patrimoniales¹¹²⁸. La idea central del enriquecimiento sin causa es la de corregir mediante una acción personal (*condictio* en términos de Derecho romano), un desplazamiento o ventaja patrimonial que se ha producido en contra de ciertas reglas, pero que debe mantenerse, ya sea por razones de utilidad, ya por ser imposible su restitución *in natura*¹¹²⁹.

¹¹²⁸ Destaca ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (1979), p. 11, que no debe confundirse la acción de enriquecimiento sin causa del principio general, pues este último no funda –al igual que sucede con cualquier otra máxima “ético-moral” del ordenamiento– la resolución de los conflictos. Sobre la (no) caracterización del enriquecimiento sin causa como principio general del Derecho, *vid.* Díez-Picazo (1987), pp. 37-50, quien, en síntesis, niega tal carácter por la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias, ya que la regla general es la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen, siendo solo algunos concretos enriquecimientos obtenidos sin causa jurídica suficiente los que se prohíben. Por su parte, Miquel González (1995), p. 2805, destaca que el principio normalmente se invoca sin rigor, siendo necesaria una labor de precisión del mismo, tarea que corresponde tanto a doctrina como tribunales.

¹¹²⁹ Miquel González (1995), p. 2805. Para Birks, el autor que más estudió la institución del enriquecimiento injusto en el Derecho inglés, el enriquecimiento injusto era fuente de obligaciones, independiente del contrato, alejándose de las posturas que subordinaban el primero al segundo (Waddams (2008), p. 167, sobre el pensamiento de Birks). No obstante, Waddams remarca que esa delimitación entre conceptos no impide que no estén interrelacionados, cosa que Birks tampoco negó, pues muchas veces las cuestiones sobre enriquecimiento injustificado surgen en el marco de un contrato. Waddams (2008), p. 181, entiende que en algunos casos el beneficio derivado de un daño o incumplimiento de contrato (*tort or breach of contract*) el demandante puede recuperar todos o parte de los beneficios obtenidos por el demandado, incluso si estos exceden el valor de la pérdida sufrida por el demandante, en el sentido de que la sentencia sitúa al demandante en una posición mejor que la que habría tenido de no haberse producido tal daño o incumplimiento. Señala que la doctrina más señera ha situado estos casos tanto dentro del ámbito contractual como del enriquecimiento injustificado, no habiendo consenso sobre el lugar en el que mejor encajan, por lo que se pregunta si no serán correctas ambas visiones, abogando por una menor rigidez del tratamiento del tema. Así, la solución de muchos casos entiende que se ha visto influenciada por aportaciones de ambas ramas, contratos y enriquecimiento injustificado, y no solo eso, sino también de *wrongdoing*, propiedad, falta de confianza legítima o *public policy*. Menciona el caso *Blake*, en el que un agente secreto fue requerido a devolver los beneficios derivados de la publicación de unas memorias sin autorización. *Caso Blake, Attorney General v. Blake [2001] 1 AC 268 (HL)*. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>.

Se trata de una acción que ha generado en los últimos tiempos singulares quebraderos de cabeza a tribunales y doctrina, extremo que no se puede predicar, en cambio, del legislador, pues su atención a esta trascendente categoría jurídica ha sido más bien nula¹¹³⁰. Actualmente, la toma en consideración de su (no) regulación en el Código civil se encuentra en punto muerto¹¹³¹, y destacados autores llevan tiempo alertando de la necesaria modernización de una institución cuya actual configuración dogmática, fundada en la equidad¹¹³², resulta obsoleta a la hora de atajar los diferentes supuestos de enriquecimiento que se

¹¹³⁰ El Tribunal Supremo, ya con anterioridad a la promulgación del Código civil, ha venido aplicando la acción en numerosas sentencias, recogidas profusamente (desde 1863 hasta 1931) en NÚÑEZ LAGOS (1934), pp. 1-2, uno de los primeros trabajos que existen en nuestra doctrina civilista sobre esta institución, quizá solo precedido por el breve discurso de BORRELL Y SOLER (1926), leído el 3 de febrero de 1926 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. Analiza algunas de ellas Díez-PICAZO (1987), pp. 18-26. Por otra parte, el Código civil no contiene una regulación de la acción como tal, aunque sí varias normas inspiradas por ella (arts. 360, 361, 453, 1304, 1893, 1895 CC), y una mención expresa en el art. 10.9.3º, referencia que ha sido calificada por Díez-PICAZO (1987), p. 47, como realmente extraordinaria, pues establece una norma de conflicto en sede de Derecho internacional privado para una institución cuyos requisitos y contenido no se encuentran legalmente regulados en el Derecho español, norma que seguramente provenga de una “importación” del Código civil portugués. En cambio, en el ámbito del derecho propio sí encontramos en la Compilación Civil Foral de Navarra un capítulo rotulado “Del enriquecimiento sin causa” (Lib. IV, Tit. I, Cap. VII, leyes 508-510), en el que se parte del principio común de enriquecimiento y después se tratan algunos supuestos de su aplicación (entre ellas la *condictio indebiti*, pero no la *condictio* por intromisión).

¹¹³¹ De hecho, como hace notar GARCÍA RUBIO (2017 C), pp. 254-255, tampoco la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil, elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009, contiene un verdadero proyecto regulatorio sobre el enriquecimiento injustificado. Tan solo varios de sus preceptos aluden a la figura (arts. 1092, 1155 *in fine*, 1158 *in fine*, 1203 *in fine* y 1306 *in fine*). A pesar de que esta propuesta de la Comisión ha tenido muy escaso éxito en el ámbito político-jurídico, no se puede decir lo mismo de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, que sí la ha recibido abundantemente.

¹¹³² Cuyos orígenes parecen remontarse a GROCIO, “en su prisión del castillo de Loevestein”, como señala PANTALEÓN (1998), p. 14, aunque nosotros no desdeñamos las aportaciones que la Escuela de Salamanca sentó para la configuración de esta figura, como vimos en el ap. 3, cap. I.

pueden dar en la práctica¹¹³³. Los presupuestos tradicionales de la *condictio* –a saber, enriquecimiento, empobrecimiento¹¹³⁴, relación de causalidad entre ambos, falta de causa de atribución y subsidiariedad de la acción¹¹³⁵– siguen siendo los pilares sobre los que se sustenta esta institución. Pero estos pilares, como decimos, presentan ya demasiadas grietas que demandan una aproximación tipológica, que distinga entre las diferentes situaciones de enriquecimiento¹¹³⁶.

Por ello, la doctrina ha venido distinguiendo una primera *condictio* de prestación, que en nuestro Derecho va por vía contractual (en la que quedarían integradas, entre otras, el pago de lo indebido, *condictio indebiti*, arts. 1895-1901 CC; y las acciones restitutorias derivadas de la nulidad o anulabilidad del contrato, arts. 1303 y ss. CC, o de la resolución de un contrato sinalagmático, arts. 1122, 1123 y 1295 CC). En segundo lugar, una *condictio* por inversión o desembolso (que incluiría la *condictio* de regreso para supuestos de pago de una deuda ajena, art. 1158.3 CC y la *condictio* por impensas, arts. 453, 454 y 360 CC. Y finalmente la *condictio* por intromisión en derecho o cosa ajenos

¹¹³³ MIQUEL GONZÁLEZ (1995), p. 2806 ya advertía que “aunque a primera vista pueda parecer un problema de equidad, es antes que nada un problema de gran envergadura metodológica para cuya solución debe tomarse en cuenta un buen número de reglas”.

¹¹³⁴ En cambio, MIQUEL GONZÁLEZ (1995), p. 2806, sigue manteniendo el correlativo empobrecimiento del demandante como presupuesto de la acción, aunque después, al hablar de la *condictio* por intromisión, reconoce que “rigurosamente no es necesaria una disminución patrimonial [del actor]” (p. 2807).

¹¹³⁵ MIQUEL GONZÁLEZ (1995), p. 2806, no lo ve como presupuesto, viendo preferible admitir un concurso de acciones, por ejemplo, de resarcimiento del daño y de enriquecimiento, antes que la exclusión de esta última por la existencia de otros remedios, opinión que compartimos, como explicaremos más adelante.

¹¹³⁶ La doctrina a las que nos referimos y que defiende la necesaria modernización de la institución del enriquecimiento es la que, en esencia, comienza con el trabajo de Díez-PICAZO (1987), pp. 7-131, a la que le sigue el de BASOZÁBAL ARRÚE (1998), y más recientemente de nuevo Díez-PICAZO (2007 B y 2007 C), VENDRELL CERVANTES (2012 y 2017 C), GARCÍA RUBIO (2017 C) y BASOZÁBAL ARRÚE (2018 y 2019). En general, todos los autores del libro de BASOZÁBAL ARRÚE / DEL OLMO GARCÍA (2017) se muestran partidarios bien de una concepción tipológica, bien de una aproximación a la institución del enriquecimiento que distinga entre sus diferentes supuestos.

(traducción del término alemán *Eingriffskondiktion*), que es la que aquí nos interesa¹¹³⁷.

1.5.2. La *condictio* por intromisión

La *condictio* por intromisión¹¹³⁸, en palabras de DÍEZ PICAZO, determina que, en todos aquellos casos en que alguien usurpa o se entromete en el ejercicio de un derecho que no le corresponde, sin título y sin el consentimiento del titular del derecho, este puede reclamar la restitución de los lucros que el intromisor haya obtenido con la usurpación¹¹³⁹. El presupuesto para que esta *condictio* se pueda dar es lo que se ha denominado como “el contenido de atribución del derecho”, generalmente presente en los derechos de carácter absoluto¹¹⁴⁰. Esta *condictio* podría cumplir una función similar a la acción de indemnización de daños y perjuicios. Y, entre otros ejemplos, expone uno (prestado de CAEMMERER) en el que la televisión utiliza un libro para una serie, libro cuya propiedad intelectual pertenece a una determinada persona, pero no obtiene la licencia de esta. Al titular no le ocasiona daño, sino todo lo contrario, beneficios, pues gracias a la serie las ventas aumentan extraordinariamente. Aunque no quepa la indemnización de daños, sí cabrá la de enriquecimiento por intromisión, debiéndose, según este autor, el lucro que el autor de la intromisión obtenga¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ Hemos seguido la clasificación expuesta por GARCÍA RUBIO (2009), p. 90 y VENDRELL CERVANTES (2017 C), p. 283, quien a su vez sigue la de numerosa doctrina que ha tratado el tema (citada en VENDRELL CERVANTES (2017 C), p. 283, nota a pie 8).

¹¹³⁸ Parece que el primer autor en acuñar la *condictio* fue el alemán WILBURG, en 1934, desarrollando la idea de invasión o intromisión (*Eingriff*) en un derecho ajeno o en la esfera jurídica ajena. DIEZ-PICAZO (1987), p. 113.

¹¹³⁹ DÍEZ-PICAZO (2007 B), pp. 1609-1610.

¹¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO (2007 B), p. 1615; BARROS BOURIE (2009), p. 24. Matiza esta idea GARCÍA RUBIO (2009) p. 99, a quien se le ocurren supuestos que encajarían dentro de la *condictio* por intromisión pero que, sin embargo, se alejan un poco de la idea de “exclusividad” o “monopolio de explotación”, y pone como ejemplo el supuesto de indemnización por clientela del art. 28 de la Ley del Contrato de agencia.

¹¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO (1987), pp. 114-115. Lo cierto es que esto no deja de suponer una paradoja, como dice GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 629, ya que el afectado está obteniendo un beneficio para cuya obtención nada ha hecho y que probablemente no

Para encontrar el fundamento de la *condictio* y delimitar correctamente el enriquecimiento que debe ser restituido, se han formulado dos teorías: la primera de ellas, denominada “de la antijuridicidad”, entiende el acto antijurídico del enriquecido como la falta de causa del enriquecimiento. Pero esta teoría se ha criticado por ser, por un lado, demasiado estrecha, y por otro, demasiado amplia. Centrándonos en esta segunda crítica¹¹⁴², vemos que la teoría obligaría a comprender casos en que una eventual restitución del enriquecimiento no resulta conforme con los intereses de las partes, por ejemplo, en el caso de que aquel obligado contractualmente a una obligación negativa (véase la prohibición de subarrendar) que viole esta, y que por tanto incida en antijuridicidad, no debería resarcir el daño, sino entregar las ganancias obtenidas con violación del deber en este caso de subarrendar. Y esta solución no parece conforme con las ideas que ha expuesto la mejor doctrina¹¹⁴³. El ámbito de los derechos de la personalidad tampoco es ajeno a esta problemática, pues también hay discrepancias en torno al valor recuperable con la acción de enriquecimiento, que a continuación pasamos a exponer.

habría obtenido en ningún caso, por ejemplo, por no haber tenido tanta difusión en otro medio cuando la iniciativa hubiese sido del titular del derecho.

¹¹⁴² La primera, según Díez-PICAZO (1987), p. 115, tiene que ver con su inaplicación a casos en los que el enriquecimiento deriva de actos que sean conformes a derecho (por ejemplo, en los casos de gestiones de negocios ajenos) o cuando no derivan de actos humanos porque la causa productora del enriquecimiento restituible es un fenómeno de carácter natural (por ejemplo, casos de accesión en que el valor se indemniza no obstante haber sido la unión obra del azar).

¹¹⁴³ Así lo expresa Díez-PICAZO (1987), p. 116, y así se deduce de la crítica que hace FARIÑA FARIÑA (2016), pp. 225-227, a la STS 602/2015, de 28 de octubre de 2015 (RJ/2015/4944), sobre la consideración como un enriquecimiento sin causa que debe ser restituido al arrendador principal, del beneficio económico que un arrendatario obtiene en virtud de un subarriendo ilegal. Para la autora, si bien hay un enriquecimiento que debe ser restituido, su alcance no es el del total de las ganancias, sino el estipulado por la norma que se debería de haber aplicado en este caso de subarriendo: la elevación de la renta en un 20% (art. 32.2 de la LAU). Otra cosa será la reparación del daño causado, en el cual podría incluirse la restitución del lucro frustrado, y ahí sí que podrían insertarse esas ganancias. Tampoco para GARCÍA RUBIO (2017 c), pp. 250-252, el enriquecimiento comprende todo el beneficio económico obtenido con el subarriendo ilegal.

1.5.3. La *condictio* en el ámbito de los derechos de la personalidad. En especial, en el derecho a la voz

La acción de enriquecimiento injustificado en el ámbito de los derechos de la personalidad tiene cabida, al menos en su planteamiento doctrinal, desde DE CASTRO¹¹⁴⁴ y hasta hoy, pero sigue sin estar claro su fundamento normativo y los criterios con los que cuantificar el enriquecimiento. En la primera redacción de la LO 1/1982, se contemplaba como criterio específico de valoración del daño “el beneficio obtenido por el causante de la lesión”. Aunque normativamente situada en sede resarcitoria, somos de la opinión de que realmente estábamos ante una pretensión de enriquecimiento injusto incorrectamente englobada dentro de una acción de daños¹¹⁴⁵.

La reforma operada por la LO 5/2010 intentó aclarar este asunto acabando finalmente (por lo menos en el plano teórico) con el indeseable cruce entre acciones resarcitorias y restitutorias. Estableció en el apartado d) del art. 9.2. –por tanto, diferenciándolo del resto– el derecho a “la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima de sus derechos”. Según un sector doctrinal, esta formulación supuso el reconocimiento de la autonomía de la acción de enriquecimiento, que además ya se decantaba por una concreta valoración del lucro a recuperar: el beneficio obtenido por el intromisor¹¹⁴⁶. De todas formas, para otro sector, el nuevo apartado del art. 9.2 estaría reconociendo simplemente una acción de restitución de ganancias, mientras que la *condictio* por intromisión en los derechos de la personalidad tendría acomodo no en el art. 9.2 d), sino en el 9.2 a), por cuanto este establece “el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos (...) y la reposición del estado anterior”, además de partir de que se deben adoptar “todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate”. El criterio de

¹¹⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO (1959), pp. 1261-1262.

¹¹⁴⁵ Así lo entiende también MARTÍN CASALS (1990 B), p. 1273, quien por otra parte distinguía este criterio de absorción del “plus” del beneficio en la institución del enriquecimiento de aquel en que se basaría una acción punitiva, ya que esta atendería al ánimo del responsable de la lesión, lucro reprochable que no tendría por qué coincidir con el beneficio obtenido (de hecho, podría cuantificarse por el juez como ínfimo).

¹¹⁴⁶ GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 629.

valoración de este enriquecimiento sería, para este sector, el valor de mercado del derecho usurpado, es decir, el precio que el titular del derecho hubiese exigido por la autorización lícita para la intromisión (el precio de la licencia, en otras palabras)¹¹⁴⁷.

En nuestra opinión, la fundamentación de la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad la encontramos tanto en el art. 9.2 a) como en el 9.2 d) LO 171982. Así, partimos de una interpretación conjunta de la tutela dispuesta en el art. 9 LO 1/1982, en donde el concreto valor recuperable por el enriquecimiento podría ser, a elección del titular del derecho o dependiendo del caso, tanto el valor de la licencia que hipotéticamente se hubiese otorgado –supuesto que veríamos amparado, como hace el segundo sector doctrinal comentado, en el art. 9.2 a)– como, en otros casos, el beneficio obtenido por el intromisor, *ex art.* 9.2 d). De todas formas, consideramos que ambos criterios de cuantificación del enriquecimiento se deberán someter a ciertos límites, límites que se derivarán de la propia LO 1/1982 pero también, en especial, de otros derechos reconocidos por la CE.

Dicho lo anterior, lo que nos interesa analizar bajo el paraguas de la *condictio* por intromisión en los derechos de la personalidad es, por un lado, los criterios que se pueden utilizar para la cuantificación del enriquecimiento (diferenciando en qué casos se aplicarían unos u otros) y, por otro lado, los límites a los que entendemos se deberían someter estos criterios. Para ello, en algunos casos nos ayudaremos de aquella doctrina estadounidense que en los últimos tiempos viene pronunciándose sobre la necesidad de establecer límites a las acciones de enriquecimiento derivadas de la infracción del *right of publicity*.

1.5.3.1. El criterio del lucro obtenido con la intromisión y sus límites

El primero de los criterios de cuantificación que debemos tomar en consideración es el que se desprende de la propia LO 1/1982: el del

¹¹⁴⁷ VENDRELL CERVANTES (2012), *passim*, y en especial pp. 1165, 1174 y 1191, aun reconociendo que, probablemente, no era la intención del legislador establecer una acción de enriquecimiento con esta expresión.

beneficio obtenido por el intromisor (art. 9.2.d))¹¹⁴⁸. Lo primero que debemos destacar, como ya hace GARCÍA RUBIO, es la paradoja que podría suponer que el afectado obtenga un beneficio para cuya obtención nada ha hecho, y que quizá nunca hubiese alcanzado, por ejemplo, porque fue la amplia difusión de su imagen en un medio la que permitió tal beneficio¹¹⁴⁹. Así, uno de los primeros límites formulados por la doctrina ha sido la distinción que se centra en la condición de la persona de ser notoria o desconocida, a lo que nosotros añadimos el tener un rasgo distintivo al que se le haya dado un valor económico sin tener por qué ser la persona famosa, véase los dobladores cuya voz es conocida por representar a determinado personaje. Un desconocido cuya imagen haya sido utilizada para fines publicitarios sin su consentimiento, no obtendría el mismo resarcimiento con la acción de enriquecimiento si se utilizase el criterio de la llamada licencia hipotética, que luego explicaremos, que un famoso que hubiese optado por ceder la suya, y ello con independencia del éxito que obtenga la campaña y los beneficios que haya reportado¹¹⁵⁰. Por lo que parece que no quedaría más remedio que cuantificar el enriquecimiento con base en los beneficios obtenidos por el intromisor, pues el otro método de cálculo nos plantearía problemas de discriminación¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁸ Las ganancias obtenidas por el intromisor, como dijimos, no son comprendidas por VENDRELL CERVANTES (2012), espec. pp. 1165, 1174, 1191 y 1232, en el ámbito de la *condictio* por intromisión, pues para este autor obedece a una finalidad preventivo-punitiva a la que la acción de enriquecimiento debe quedar ajena. De la misma opinión parece BASOZÁBAL ARRÚE (2018), p. 44, quien señala que la absorción de la ganancia ilícita aparece como parámetro a tener en cuenta para medir el daño en el contexto de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen, reguladas por el art. 9.3 LO 1/1982 [No obstante, al estar señalando este autor concretamente el apartado 3 del art. 9 LO 1/1982, creemos que todavía se está refiriendo a la antigua redacción del apartado, que incluía como criterio de cuantificación del daño las ganancias obtenidas por el intromisor, mientras que tras la reforma operada en 2010 tal criterio pasó a constituir el apartado d) del art. 9.2 LO 1/1982, por lo tanto al mismo nivel que el resto de acciones].

¹¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 629.

¹¹⁵⁰ BASOZÁBAL ARRÚE (1998), p. 177.

¹¹⁵¹ GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 629, dado que el valor de la licencia que alguien desconocido podría obtener sería mucho menor a aquel de alguien famoso,

No obstante, pensemos en el caso, ya comentado, de la mujer que puso voz a la conocida asistente virtual *Siri*: si hubiese reclamado por intromisión ilegítima en su derecho a la voz, solicitando el beneficio obtenido por la empresa tecnológica con dicho uso, ciertamente la cuantía habría sido extraordinaria. Por lo que veríamos necesario que se aplicasen ciertos límites a la hora de calcular este beneficio, y que creemos pueden sustentarse en el art. 9.2.d) LO 1/1982 si se hace una interpretación literal del precepto, por cuanto establece como medida de tutela la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido “con la intromisión ilegítima en sus derechos”. Es decir, que habrá que diferenciar claramente qué lucro se debe exclusivamente a la intromisión, y qué otro puede derivarse de factores externos a la intromisión, como podrá ser la reputación que ostente la empresa; la perfección técnica de la aplicación, que se medirá por diversos parámetros (entre los que sin duda se encontrarán las cualidades de la voz, como la entonación, claridad en la pronunciación, timbre, etc.); la publicidad que hayan invertido en el producto; o cualquier otro factor que pueda temarse en consideración para la correcta valoración del porcentaje de beneficios atribuibles a una y otra parte¹¹⁵².

La dificultad radicará, como siempre, en la prueba de estos beneficios, pues si hacemos una analogía con lo dicho en el ámbito de

independientemente de que el medio en el que se difundiesen ambas imágenes obtuviese igual beneficio, o incluso mayor con el de la persona desconocida.

¹¹⁵² Salvando las distancias (tanto de sistema como de rama del Derecho), el 17 U.S.C. §504(b) (norma estadounidense que regula la posibilidad de recuperar los beneficios obtenidos por el intromisor en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual) prevé que el titular de un derecho de *copyright* recupere cualquier beneficio obtenido por el infractor que sean atribuibles a la infracción. Continúa detallando que, a la hora de establecer los beneficios del infractor, el titular del *copyright* deberá probar solo los ingresos brutos del infractor, mientras que el infractor, a su vez, deberá probar los gastos deducibles, así como los extremos del beneficio que sean atribuibles a otros factores externos a la obra protegida por el derecho de *copyright*. Así, entiende la doctrina (COHEN / LOREN / OKEDIJI / O’ROURKE (2015), pp. 818-819) que se crea una presunción de que los beneficios atribuibles a la infracción son iguales a los ingresos brutos del infractor, presunción que podrá destruirse con la prueba del infractor de que todos o parte de esos beneficios se deben, bien a gastos deducibles, bien a factores externos a la obra. Como vemos, se trata de una opción más beneficiosa para la demandante que la prevista en el sistema español.

la propiedad intelectual¹¹⁵³, la demandante no solo deberá probar la ganancia, sino la relación de causalidad entre esta y la infracción, ya que muy bien puede deberse la ganancia a causas exógenas a la misma infracción¹¹⁵⁴. Entre estas causas externas incluiríamos los factores arriba expuestos. De hecho, ya solo la prueba sobre los verdaderos beneficios obtenidos por el infractor, sin tener en cuenta aquellas partidas “deducibles”, suele ser un *hándicap* a superar en las demandas por infracción de derechos de la personalidad. Así se aprecia en la STS 746/2016¹¹⁵⁵, caso en el que una mujer desconocida apareció en *toples* en medio de un *sketch* de un programa televisivo, habiendo sido tomada la imagen sin su consentimiento. Interpuesta la demanda por intromisión ilegítima en su derecho de imagen¹¹⁵⁶, la demandante solicitó reiterada pero infructuosamente a la demandada que acreditase el beneficio obtenido a través de la intromisión¹¹⁵⁷. Finalmente, la indemnización solicitada se tuvo que calcular en atención a los espectadores que vieron el programa (a razón de 2 céntimos por espectador) y a los días que el *sketch* permaneció en la web del programa (a razón de 20 euros por día), quedando fijada en 35.380 €

¹¹⁵³ En el ámbito de la propiedad intelectual, el art. 140.2 LPI establece la doctrina de origen alemán de la *dreifache Schadensberechnung* (triple cálculo del perjuicio), en la que la indemnización a pagar por infracción de derechos inmateriales podrá ser, a elección del titular del derecho infringido: el daño emergente y el lucro cesante, el valor de cesión del derecho en el mercado, o la restitución al titular del derecho infringido del lucro obtenido por el infractor con la injerencia. Lo cierto es que se están confundiendo criterios resarcitorios con restitutorios, y no solo en cuanto al lucro obtenido por el infractor (aunque el F.J.3º, punto 4, de la STS 504/2019, de 30 de septiembre, RJ 2019/3625, solo considera, creemos que erróneamente, a este último como criterio restitutorio), sino también en lo que respecta al precio de la licencia hipotética.

¹¹⁵⁴ CARRASCO PERERA / DEL ESTAL SASTRE (2017), p. 1867.

¹¹⁵⁵ STS 746/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016/5997).

¹¹⁵⁶ Cabe resaltar que la demanda fue interpuesta el 12 de mayo de 2012, un mes después de acaecidos los hechos, y por tanto con la reforma operada en el art. 9 LO 1/1982 plenamente en vigor

¹¹⁵⁷ La demandante había pedido por medio de otrosí a la demandada que aportase los datos de audiencia del programa de televisión que emitió dicho corto; los datos del “share” o reparto de audiencia real entre todos los canales, que obtuvo el programa en cuestión; y el beneficio que la demandada obtuvo como consecuencia de la publicidad emitida en el programa (F.J. 1º).

cantidad aceptada por la Audiencia provincial y reiterada por el TS, por lo que se condenó a las entidades responsables de la emisión del programa al pago de dicha indemnización en “concepto de daño moral”¹¹⁵⁸.

Como vemos, el tribunal no pudo acudir al criterio del beneficio obtenido por el infractor, cuestión que hace que proceda, como viene siendo habitual en la mayoría de los casos de infracción de derechos de la personalidad, a englobar todas las partidas económicas dentro del cajón de sastre del daño moral. Así, analizando las circunstancias del caso, toma en consideración “la gravedad de la lesión en relación con la difusión de la imagen, reiteración de la exhibición, obtención de copias que se derivan de la inclusión del video en la página web del programa (...), la falta de acreditación del beneficio obtenido por la demandada (...), la condición personal de la demandante, que no ostentaba cargo público alguno ni ejercía actividad pública, y el daño causado por la divulgación de la imagen”, para establecer como válido el montante solicitado por la demandante¹¹⁵⁹. Así y todo, el recurso al

¹¹⁵⁸ El tribunal también justificó la suma en el hecho de que esta cuantía es similar a la concedida por los tribunales en supuestos análogos (por ejemplo, sentencia de AP Palma de Mallorca, sección 4.ª, de 30 de septiembre de 2002 (AC 2003/80), que concedió 5.850.000 pesetas por la publicación de unas fotografías en *toples* de una joven que fue confundida con la novia de un conocido deportista)” (F.J. 1º).

¹¹⁵⁹ Lo mismo sucedió en la SAP de Málaga (secc. 5ª), 185/2017, de 5 de abril (AC 2017/978), en la que se condena a una revista del corazón por difundir las imágenes de un menor de ocho meses que se encontraba junto a sus progenitores en la piscina privada de un hotel. El daño moral se cuantificó atendiendo al carácter relevante del que gozaba la revista en cuanto a su difusión, aunque no disponían de datos concretos sobre la efectiva difusión del número en el que aparecieron las imágenes del menor, ni del beneficio que se obtuvo como consecuencia de su publicación. Por ello el tribunal tiene que buscar otros medios para cuantificar el daño, encontrando dos en los que basarse: por un lado, que las fotografías no fueron utilizadas con carácter instrumental y de forma colateral en la descripción de las situaciones personales y valoraciones realizadas sobre la vida personal de los actores, antes al contrario, la publicación se centra en “el pequeño Rafael en la piscina” y en que el mismo tiene ya “ocho meses”. Por otro lado, en la especial protección reconocida por la ley y la jurisprudencia al derecho fundamental a la intimidad del menor, que debe llevar a otorgar una indemnización superior a las normalmente concedidas en este tipo de

daño moral podrá resultar bastante forzado en casos como el del asistente *Siri*, donde el enriquecimiento del infractor es claramente superior al daño moral *stricto sensu* que se le haya causado a la titular de la voz usada ilegítimamente.

Incluso aun acreditado el beneficio obtenido por el infractor, no nos extrañaría que el razonamiento del tribunal hubiese seguido recayendo exclusivamente en el resarcimiento del daño moral, y olvidando toda remisión a la *condictio* por intromisión, como veremos que sucede, en especial, en los casos en los que se toma en consideración el criterio de la licencia hipotética a los efectos de valorar el daño moral o patrimonial, pero no a los efectos de la acción de enriquecimiento, como sería lo correcto.

Por otra parte, cuando estemos ante vulneraciones de un derecho de la personalidad de una persona conocida, el recurso al beneficio obtenido por el infractor podría plantearnos otros interrogantes, especialmente cuando la infracción incluya elementos que podrían ser susceptibles de protección vía otros derechos: estamos pensando en aquellos casos en los que se utiliza la imagen o la voz de una persona para una obra del ingenio, como ha sucedido recientemente con los rasgos del afamado pintor DALÍ, utilizados como máscara de los protagonistas de una popular serie, cuestión que parece no haber agradado a la Fundación que protege su figura y obra¹¹⁶⁰. Volviendo a la comentada paradoja sobre ausencia de participación del titular del derecho en la obtención del beneficio que después podría reclamar con la *condictio*, en estos casos podría operar la excepción del art. 8 LO

casos, por lo que la sala considera ajustada y ponderada la cantidad reclamada de 36.000 €

¹¹⁶⁰ Se trata de la serie *La Casa de Papel*. Por ahora, solo ha trascendido la noticia (https://www.elespanol.com/cultura/20190123/fundacion-dali-casa-papel-usar-rostro-pintor/370713690_0.html) de que la Fundación Dalí, que vela por los derechos del pintor (*vid. ap. 6.4, cap. II*) “esgrimió sus derechos inmateriales derivados de la obra y persona” del pintor ante el uso que se hace de su imagen, a través de una máscara, en la mencionada serie, y alegando que “cualquier persona que quiera ejercitar o explotar alguno de estos derechos” debe contar con su autorización previa. De todas formas, por ahora no nos consta que se haya seguido un procedimiento judicial por esta causa.

1/1982, cuando en su apartado segundo no se prohíbe el uso de la caricatura de personas de notoriedad, de acuerdo con los usos sociales. O del apartado primero del mencionado art. 8, en el que no se reputa intromisión ilegítima cuando predomina un interés cultural relevante¹¹⁶¹. Incluso podríamos confrontarlo con otro derecho constitucionalmente protegido, como es el del art. 20 b) CE, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como los derechos de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio. Esta interpretación sería acorde con aquella defendida en el Derecho estadounidense por aquel sector doctrinal que ve un uso abusivo del *right of publicity* por parte de algunas personas de considerable notoriedad¹¹⁶², donde la vaguedad de las doctrinas jurisprudenciales a la hora de valorar y conceder el montante indemnizatorio/recuperatorio en casos de *right of publicity* parece no conocer límites¹¹⁶³. En este sentido, postulan que abordar el tema, por parte de los tribunales, exclusivamente desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa del titular del derecho, olvida que los productos u obras en los que se inserta tal rasgo pueden ser notables creaciones intelectuales, en los que también se debería de tener en cuenta el esfuerzo creativo del supuesto infractor¹¹⁶⁴. Frente a esta práctica de los tribunales estadounidenses en la que acuden a un remero de tests sobre uso legítimo (*fair use tests*) con los que ponderan los intereses en juego y los criterios de

¹¹⁶¹ El interés podría radicar, en este caso, en que con el uso de esta máscara no pocas personas, sobre todo jóvenes, han conocido quién es el pintor ampurdanés.

¹¹⁶² Algunas leyes estatales de *right of publicity* prevén expresamente la recuperación de los lucros obtenidos por el infractor, por ejemplo, California, Illinois, Indiana, Tennessee o Texas. Así, en el caso *Lemon v. Harlem Globetrotters Intern., Inc.*, 26 I.E.R. Cas. (BNA) 81, 2007 WL 1101261 (D. Ariz. 2007), el jugador de baloncesto Meadowlark Lemon recuperó unos 784.000 \$ por la venta ilícita de ropa utilizando rasgos de su identidad, sin que el jurado encargado de juzgar el caso apreciase que se podían hacer deducciones por la contribución del demandado a las ventas del producto. De todas formas, lo que sí se debe probar por parte del demandante es que los beneficios solicitados son directamente atribuibles al uso de su identidad (por ejemplo, en el caso *Trannel v. Prairie Ridge Media, Inc.*, 2013 IL App (2d) 120725, 370 Ill. Dec. 157, 987 N.E.2d 923, no se lograron probar dichos lucros por lo que no se concedió a los demandantes ninguna cantidad por este concepto).

¹¹⁶³ DOGAN (2014), p. 31, y de nuevo en (2016), p. 1294.

¹¹⁶⁴ DOGAN (2014), p. 31.

cuantificación del enriquecimiento y del daño (así, el *Balancing test*, el *Relatedness test*, el *Transformative test*, el *Artistic Expression test*, o el *Predominant Purpose test*)¹¹⁶⁵, que para mayor complicación e inseguridad jurídica a veces incluso mezclan, se propone por parte de la doctrina un enfoque que se base más en el daño infringido al titular del derecho, y facilitando así la apreciación de un *fair use*¹¹⁶⁶. En esta línea y en definitiva, creemos que en nuestro ordenamiento es precisamente la exclusión de intromisión (y por tanto de daño) amparada bajo los preceptos anteriormente mencionados la que faculta que, en casos muy concretos como el de la máscara con los rasgos de DALÍ, se pueda hacer un uso legítimo del rasgo de la personalidad por prevalecer otros intereses o derechos en juego de mayor relevancia, y que por tanto no se puedan solicitar, mediante la *condictio* por intromisión, ningún beneficio, pues sencillamente no hay intromisión.

Por otro lado, cuando no estemos ante meras caricaturas o las obras carezcan de ese interés cultural, histórico o científico relevante, para la utilización de un rasgo identitario como la imagen, la voz o el nombre es obvio que deberá concurrir el consentimiento de su titular; si se hace sin su consentimiento y estamos ante una persona conocida por alguno de sus rasgos de la personalidad, el valor de uso de este rasgo de la personalidad sí podrá calcularse con base en un mercado específico, o cuando menos en los usos del sector (como sería el de los actores de voz). Es por ello que, cuando estamos ante intromisiones en los derechos de la personalidad de personas cuyos rasgos identitarios son conocidos, estimos que el criterio de valoración del enriquecimiento debe ser el de la licencia hipotética, que expondremos seguidamente.

¹¹⁶⁵ Para un primer y rápido acercamiento a estos *tests* sobre la doctrina del *fair use* en el *right of publicity*, véase MURRAY (2018), pp. 132-169.

¹¹⁶⁶ Así, MCKENNA (2005), pp. 225-294, propone una aproximación que permita controlar los usos de la identidad que interfieran con la capacidad del titular de definir la personalidad que muestra al público; de otra parte, DOGAN / LEMLEY (2006), pp.1161-1220, proponen un acercamiento, más cercano al usado en el Derecho de marcas, que se base en el daño causado a la *celebrity* o a los consumidores con ciertos usos de la identidad de las personas famosas.

Un último inciso, antes de pasar al siguiente criterio, debe hacerse en cuanto a la dimensión punitiva que para algunos autores podría tener la restitución de la ganancia cuando supera la medida de reintegración, es decir, el valor del derecho infringido o la llamada licencia hipotética. La argumentación de BASOZÁBAL parte de la pregunta sobre si el ilícito (que en nuestro caso llamamos intromisión) da derecho a la víctima (titular del derecho) a obtener la ganancia obtenida por el intromisor; en otras palabras, cuál es el título por el que el demandante merece recibir una ganancia¹¹⁶⁷. Muy sintéticamente y en lo que aquí nos interesa, dejamos apuntada la idea que expone de BIRKS, para quien debe restituirse la ganancia obtenida por el demandado por haberse hecho “a costa de este”, alcanzando la acción al enriquecimiento “remoto” o “mediato”. Pero para BASOZÁBAL, en todo caso debería plantearse qué parte de la ganancia se obtiene “a costa” del patrimonio del demandante (pone como ejemplo el valor de uso), y qué parte a la iniciativa y pericia del demandado (explotación comercial del derecho ajeno)¹¹⁶⁸, cuestión que por cierto ya hicimos notar *supra* al hablar del ejemplo de la voz de *Siri*, en el que se debían de tener en cuenta aquellos factores atribuibles a la empresa tecnológica para el cálculo correcto del beneficio que le correspondería a la titular de la voz. De hecho, en el Derecho estadounidense, el *Restatement Third of Unfair Competition*, §49, sostiene que, en los casos de *right of publicity*, la recuperación de los lucros del intromisor “atribuibles a la infracción” es un remedio común, siendo el demandado e infractor quien deba probar qué parte de esos lucros no son atribuibles a la infracción¹¹⁶⁹. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de tomar en consideración el dolo o culpa grave en que haya podido incurrir el intromisor¹¹⁷⁰, VENDRELL parece aceptar

¹¹⁶⁷ BASOZÁBAL ARRÚE (2018), p. 47.

¹¹⁶⁸ BASOZÁBAL ARRÚE (2018), pp. 60-61.

¹¹⁶⁹ *Restatement Third, Unfair Competition* §49, comment d (1995), señala que se adoptará la regla de otras ramas de la propiedad intelectual que permiten que el demandante solo debe probar los beneficios brutos, siendo el demandado quien, en su caso, deba probar que no todos los beneficios se deben a la infracción, así como los gastos en que haya incurrido. MCCARTHY (2018), p. 780, § 11:34.

¹¹⁷⁰ En principio, recordemos que los derechos de la personalidad, como defiende GARCÍA RUBIO (2013 A), p. 626, “deben ser protegidos contra cualquier ofensa ilícita, sin que sea necesario el concurso de la culpa del ofensor (al menos entendida en el

que se puedan restituir las ganancias obtenidas por la intromisión, aunque niega que ese designio deba ser asumido por la acción de enriquecimiento (y matiza que tampoco por el daño moral, como hacía el antiguo art. 9.3 LO 1/1982), por lo que el lucro cesante podría servir como base en algunos casos¹¹⁷¹. En cambio, como ya venimos reiterando a lo largo de este apartado, en nuestra opinión la recuperación del lucro obtenido por el intromisor por mor de la intromisión encuentra acomodo en la acción de enriquecimiento en el ámbito de los derechos de la personalidad desde que el legislador así lo quiso establecer con la reforma del art. 9.2 LO 1/1982 y su nuevo apartado d); otra cosa será que la cuantificación del lucro que corresponde reintegrar al titular del derecho deba realizarse con especial cuidado, debiendo alcanzar únicamente a aquellos beneficios obtenidos efectivamente por el intromisor *por causa* de la intromisión¹¹⁷².

1.5.3.2. El criterio de la licencia hipotética y sus límites

Como ya hemos apuntado con el ejemplo de la voz de *Siri*, si su titular solicitase el precio de la licencia que habría otorgado en caso de conocer que se le iba a dar tal uso a su voz, el valor habría sido mucho menor, no solo por desconocer la proyección que tal aplicación podría tener, sino porque su voz no era conocida con anterioridad al lanzamiento de esta aplicación; es por ello que en esos casos la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad entendemos que debe establecer como criterio de cuantificación, *ex* art. 9.2.d) LO 1/1982, el beneficio obtenido por el infractor, si bien sometido su cálculo a ciertos límites.

sentido tradicional que dimana del art. 1902 CC) o la intención de perjudicar al ofendido”.

¹¹⁷¹ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1190.

¹¹⁷² Así y todo, debemos compartir la reflexión que hace BASOZÁBAL ARRÚE (2018), p. 64, sobre los enriquecimientos por intromisión, para quien “reciben un trato poco definido en la acción de enriquecimiento injusto plenamente independizada del Derecho de daños, pues falta una reflexión más detenida sobre qué es lo que se debe restituir, lo que remite a la cuestión sobre cuál es la función que el Derecho persigue al conceder la acción. Si se debe restituir “lo obtenido”, podría tratarse tanto de “la ganancia” como del “valor (de mercado) de la facultad usurpada” (o “razonable licencia”).”.

Siguiendo con el ejemplo anterior, la situación sería diferente si la empresa hubiese utilizado la voz de determinado artista, o persona con una voz conocida por un gran público. Aquí no dudamos en que el precio a pagar por la licencia de uso de esa voz habría sido mucho mayor, y sí que creemos que puede servir como criterio de cuantificación del enriquecimiento si esta persona ya cuenta con un mercado en donde operaba (o podría operar), o si los usos de su sector ya establecían un marco en el que negociar las cesiones. Podría ser el caso de aquellos artistas que prestasen tanto su imagen como su voz para anuncios publicitarios, o de aquellos dobladores cuyas voces fuesen reconocibles por un gran público por doblar generalmente a estrellas de cine. En caso de utilizarse estas voces sin el consentimiento de sus titulares, estos podrían acudir fácilmente al criterio de la licencia hipotética para cuantificar el enriquecimiento obtenido por el intromisor, que es lo que les tendría que haber abonado si hubiese actuado de forma lícita. No obstante, no descartamos que, en estos casos, el titular del derecho pueda optar por cuantificar la pretensión restitutoria en base a los beneficios obtenidos por el infractor, si así lo prefiriese, aunque sometiendo el cálculo del beneficio a los límites ya expuestos.

Por otro lado, consideramos que no habría inconveniente en aplicar esta acción cuando el perjudicado por la intromisión nunca hubiese prestado voluntariamente su consentimiento para tal acto intromisor, haciendo una analogía con el derecho de patentes, en donde no se impide la formulación de la *condictio* cuando el titular de una patente se hubiese negado a la cesión de la misma en caso de habérsela solicitado. Que la cesión pudiese haber sido o no voluntaria solo influirá a los efectos de valorar si ha sufrido un daño moral¹¹⁷³. Podría ser este

¹¹⁷³ BASOZÁBAL ARRÚE (1998), p. 174. En Alemania, desde 2006, la jurisprudencia viene entendiendo como irrelevante el hecho de que el titular del derecho de la personalidad no hubiese autorizado la intromisión a cambio de precio. La jurisprudencia cambió su criterio con la Sentencia del BGH de 26 de octubre de 2006 (caso *Oskar Lafontaine*). VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1152, señala este giro jurisprudencial, seguramente debido a la crítica que la doctrina alemana venía haciendo de anteriores sentencias que tenían en cuenta que el titular del derecho no hubiese autorizado la intromisión a cambio de un precio.

el caso del cantante Tom Waits, que como hemos señalado en múltiples ocasiones en este trabajo, siempre se ha caracterizado por negarse a participar en anuncios publicitarios, y pese a ello, diversas empresas siempre han persistido en emplear imitaciones de su voz, enriqueciéndose a su costa.

En el Derecho norteamericano el criterio del precio de la licencia hipotética, denominado *fair market value*, es un recurso habitual para liquidar el daño compensatorio derivado de la infracción del *right of publicity*. Un sector doctrinal entiende que, en general, este criterio es insuficiente, por sí solo, para compensar completamente al que sufre la intromisión¹¹⁷⁴. Primero, porque la definición de *fair market value* no incluye la posible disminución del valor comercial que puede sufrir el demandante por el rasgo de la personalidad usurpado. De hecho, en el caso *Tom Waits* (1992), el tribunal practicó una distinción entre el *fair market value* de los servicios del cantante y el daño que se ocasionaba a su reputación y futuro valor comercial¹¹⁷⁵. En segundo lugar, porque el valor del *fair market value* no será, en general, el que las partes habrían negociado en última instancia, sino un valor “comparable” (*comparable amount*), significando este lo que el demandante ha recibido en ocasiones anteriores por ceder ese rasgo de la personalidad o, si nunca lo ha cedido, lo que otros suelen cobrar por tal servicio¹¹⁷⁶.

Incluso la doctrina española que se decanta exclusivamente por el uso de la licencia hipotética como único criterio de cuantificación, admite que hay inconvenientes que dificultan su adopción generalizada en el Derecho español. Estos límites son, sintéticamente, que no se podría apoyar en un fundamento normativo (como por otro lado sí tienen en este extremo los derechos de propiedad intelectual e industrial), por lo que a veces el alcance de la pretensión no estará claro¹¹⁷⁷ (piénsese en el caso de un modelo que contrata con una agencia publicitaria a través de otra agencia de modelos: al precio de la licencia hipotética que cobraría el modelo habría que restarle el de la cantidad

¹¹⁷⁴ SAVARE (2004), p. 162.

¹¹⁷⁵ *Caso Waits* (1992), p. 1103.

¹¹⁷⁶ SAVARE (2004), pp. 162-163.

¹¹⁷⁷ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1218.

que se va a quedar la agencia de modelos). Y, por otro lado, al ser un criterio de fijación abstracta del daño, puede generar que los tribunales puedan empezar a fijar el daño de conformidad con otros criterios de valoración abstracta, como por ejemplo la cantidad más alta que una revista pagó como remuneración por la publicación de un reportaje en el año 2000, incrementada con un porcentaje del 25% (extremo este último con tintes punitivos)¹¹⁷⁸. Ello puede incentivar a los demandantes a buscar criterios de valoración de la pretensión que confieran una indemnización mayor a la del daño patrimonial sufrido¹¹⁷⁹. Otra consecuencia de esta falta de normativa en que apoyarse es que los tribunales a veces también rechazan esta forma de liquidación del daño, “sin mayor argumentación que la que ofrecen las decisiones que sí la aceptan”¹¹⁸⁰.

1.5.3.3. La confusión entre acciones resarcitorias y reparatorias

La problemática sobre los criterios de cuantificación de las pretensiones resarcitorias y reparatorias deriva de que, aunque en la teoría se diferencian bien los ámbitos de aplicación de ambas acciones, en la práctica que incumbe a los derechos de la personalidad, lo cierto es que la acción indemnizatoria acaba desempeñando funciones que no le corresponden a una acción de daños. En este sentido, los tribunales recurren frecuentemente al precio de una licencia hipotética como criterio de cuantificación del daño sufrido por el titular del derecho¹¹⁸¹.

Seguramente algo tenga que ver en esta confusión que en el contexto de la protección de bienes inmateriales (véase propiedad

¹¹⁷⁸ SAP de Barcelona, de 8 de abril de 2003. VENDRELL CERVANTES (2012), pp. 1219-1220

¹¹⁷⁹ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1220.

¹¹⁸⁰ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1221.

¹¹⁸¹ La STS de 20 de junio de 2016 (*Caso Dalí*) es claro ejemplo de la confusión que sigue reinando sobre la diferenciación entre acciones resarcitorias y recuperatorias, pues la petición de la demandante (la Fundación Gala-Salvador Dalí) consistía en la condena del demandado al pago de “una indemnización por las infracciones de los derechos de imagen de Salvador Dalí consistente en el 1% de la cifra de negocios obtenida por la exposición pública de las obras y reproducciones de la obra de Salvador Dalí”.

intelectual, patentes, marcas, modelos de utilidad o competencia desleal), la normativa española aplicable a cada rama establece en la regulación de la pretensión indemnizatoria de daños la opción de que el demandante solicite la ganancia obtenida por el demandado, constituyendo así una peculiar “medida”, en palabras de BASOZÁBAL, del daño. Este autor entiende que el uso ilegítimo de estos derechos, entre los que también acaba incluyendo a la imagen y a la intimidad, se encuentran protegidos por la *condictio* por intromisión, si bien los tribunales aplicarán la acción indemnizatoria teniendo en cuenta este criterio del beneficio del infractor –excepto en el caso del art. 32 LCD, en el que sí que se diferencian correctamente ambas acciones–¹¹⁸².

Por su parte, VENDRELL CERVANTES valora que el origen de la confusión está en la dificultad de prueba de la existencia bien de un daño patrimonial, especialmente del lucro frustrado, bien del nexo de causalidad entre intromisión y lucro frustrado. Por lo que en la práctica jurisprudencial acudir al precio de la licencia hipotética resultaba (y sigue resultando) una prueba cómoda¹¹⁸³. Así, este autor expone cómo se recurre a este criterio especialmente en casos de explotación indebida de los rasgos característicos de personas famosas en anuncios publicitarios, y en casos de explotación publicitaria no autorizada de la

¹¹⁸² BASOZÁBAL ARRÚE (2018), pp. 42-43. En efecto, el art. 32.1 LCD relativo a las acciones, distingue claramente en el apartado 5º y 6º respectivamente, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, y la acción de enriquecimiento injusto, “que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

¹¹⁸³ VENDRELL CERVANTES (2012), pp. 1206-1211, seguramente el autor que más ha estudiado este fenómeno. Para él no es algo exclusivo del ámbito de los derechos de la personalidad, pues de hecho tiene su origen en el ámbito del Derecho sobre los bienes inmateriales, en la teoría del triple cómputo del daño (*dreifache Schadensberechnung*). Tampoco es algo exclusivo del ordenamiento jurídico español, sino que también se ha adoptado, en el ámbito de los derechos de la personalidad, por los tribunales italiano (por medio del *prezzo del consenso*), alemán (mediante la *Lizenzgebühr*) y francés (bajo el fundamento de la *manque à gagner*). Bajo unas lógicas distintas en lo que se refiere a la configuración de remedios, también señala casos de Derecho norteamericano (que utilizan el *fair market value*) y el Derecho inglés (que hacen lo propio con la *reasonable endorsement fee*).

imagen de un modelo profesional anónimo¹¹⁸⁴. Pero como bien señala, estamos ante el uso de un criterio restitutorio en una acción resarcitoria, lo que comporta “una confusión manifiesta entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento injustificado”¹¹⁸⁵.

En todo caso, compartimos la opinión de que ambas acciones, la indemnizatoria y la de enriquecimiento injustificado, pueden concurrir. Así parece desprenderse de última línea jurisprudencial que declara compatibles las acciones de daños y la de enriquecimiento, así como de la doctrina que desde un tiempo a esta parte viene negando el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento para defender sin ambages la compatibilidad entre ambas¹¹⁸⁶. Y es que la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno no resarce ningún daño, sino que reintegra el derecho usurpado con la restitución de su valor a quien está atribuido por el ordenamiento jurídico¹¹⁸⁷.

No obstante, la doctrina reconoce que deberán establecerse límites a la regla general de la compatibilidad, pues ambas acciones podrían compartir su pretensión material, que podría medirse como daño a indemnizar, o como enriquecimiento a restituir, por lo que no podrán otorgarse ambas en estos casos de concurrencia de pretensiones¹¹⁸⁸. Según VENDRELL, cuando se admita que la acción indemnizatoria del

¹¹⁸⁴ Cita, entre otras y para el primer caso la SAP de Madrid, de 23 de junio de 2009, en donde para valorar el perjuicio patrimonial experimentado por el actor Javier Bardem al aparecer, sin su consentimiento, una imagen suya publicitando una nueva revista, se utiliza el precio del cachet del actor, es decir, lo que habría cobrado en contratos similares. En el segundo caso, por ejemplo, la SAP Madrid (secc. 9ª), de 4 de noviembre de 2003, en la que el criterio utilizado para cuantificar la indemnización de una modelo cuya imagen se usa, sin su autorización, en publicidad, es “los criterios obtenidos por la misma por trabajos similares”. VENDRELL CERVANTES (2012), pp. 1212-1214.

¹¹⁸⁵ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1214.

¹¹⁸⁶ Así lo ha defendido recientemente BASOZÁBAL ARRÚE (2019), pp. 119-123, partiendo de la STS de 12 de abril 1955 (RJ 1955/1126) en la que se declaraba que las acciones de daños y enriquecimiento tienen su propia fisonomía, independencia, función y plazo de prescripción, así como de lo dicho por Díez PICAZO, quien aborda el problema de la subsidiariedad desde la óptica de la *compatibilidad* de las acciones.

¹¹⁸⁷ BASOZÁBAL ARRÚE (2019), p. 121.

¹¹⁸⁸ BASOZÁBAL ARRÚE (2019), pp. 121-123.

daño patrimonial *ex art.* 9.2 c) LO 1/1982 permite exigir al intromisor el precio de la autorización hipotética, habrá que aplicar una reducción por concurrencia del resarcimiento y el enriquecimiento por el mismo concepto¹¹⁸⁹. En nuestra opinión, esta reducción también se deberá aplicar cuando se tenga en cuenta en la cuantificación del lucro cesante el beneficio obtenido por el infractor.

2. La tutela de la voz a través de la normativa sobre protección de datos

2.1. LA VOZ COMO DATO DE CARÁCTER PERSONAL

Recientemente el Tribunal Supremo, en su Auto de 31 de mayo de 2019¹¹⁹⁰, ha admitido a trámite el recurso de casación 1074/2019 que, en lo que aquí nos interesa, examinará si la voz de una persona puede considerarse como un dato de carácter personal. Así, pretende interpretar la normativa de protección de datos de carácter personal a los efectos de delimitar en qué circunstancias, o con qué alcance, la voz se considera un dato de carácter personal¹¹⁹¹ con arreglo al antiguo art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999 (hoy derogada, siendo actualmente aplicable el artículo 4.1 del RGPD) en relación con el artículo 5 Real Decreto 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento LOPD

¹¹⁸⁹ VENDRELL CERVANTES (2012), p. 1223.

¹¹⁹⁰ ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2019 (JUR/2019/175724)., con el que admite a trámite el recurso de casación de Miraclia Telecomunicaciones S.L contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2018, en el recurso contencioso-administrativo n.º 554/2017.

¹¹⁹¹ El recurso también analiza qué debe considerarse como un tratamiento de datos de ámbito exclusivamente personal o doméstico a efectos de su exclusión del ámbito de protección que dispensa la LOPD con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (actual art. 2.2.a) LOPD, que remite al art. 2.2 del RGPD) y en qué términos debe llevarse a cabo la ponderación que prevé el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE (actual art. 6.1.f) del RGPD) entre el legítimo interés del responsable del tratamiento de los datos y la protección de los datos de carácter personal del interesado.

(RLOPD, todavía en vigor)¹¹⁹². La cuestión surge de las denuncias de varios usuarios ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que recibió Miraclia Telecomunicaciones, S.L., empresa titular de la aplicación “Juasapp”, y que permitía gastar bromas telefónicas de manera anónima¹¹⁹³. La AEPD impuso una multa a la empresa de 7.500€ por vulnerar el principio del consentimiento del antiguo artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 (hoy también art. 6 de la nueva LOPD), sanción confirmada por la Audiencia Nacional¹¹⁹⁴ y recurrida (lo que da lugar a este auto) por la empresa titular de la aplicación esgrimiendo, fundamentalmente, dos motivos, siendo el segundo de ellos que la voz no es un dato personal.

Para el análisis de esta cuestión, es necesario acudir, primeramente, a la normativa sobre protección de datos. El artículo 3 de la superada Ley Orgánica 15/1999 definía datos de carácter personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Actualmente el RGPD señala en su art. 4 como definición de dato personal toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose esta como toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en

¹¹⁹² Entendemos que el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se encuentra todavía en vigor ya que en la Disposición derogatoria única de la nueva LOPD 3/2018 no se deroga expresamente (al contrario de lo que sí sucede con la LO 15/1999 y con el Real Decreto ley 5/2018), y solo se dice en su punto 3 que “quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”. Por lo tanto, en lo que no se oponga al nuevo RGPD y a la nueva LOPD, este Reglamento sigue siendo aplicable.

¹¹⁹³ Consistía en la emisión de llamadas pregrabadas a los contactos del bromista (haciéndose pasar por una asesoría jurídica reclamando una multa de tráfico, acusando al que recibía la llamada de “robar” la luz, etc.). Dichas llamadas quedaban posteriormente en los servidores de un tercero, que la *app* ponía a disposición del usuario de la aplicación.

¹¹⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de noviembre de 2018 (JUR/2019/27374).

línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Si bien no se menciona la voz (aunque como vemos la lista es abierta, enumerándose a modo de ejemplo algunos potenciales identificadores), si acudimos al art. 5.1 f) del RLOPD, se considera dato de carácter personal “cualquier información acústica (...) concerniente a personas físicas identificadas o identificables”¹¹⁹⁵, como es la voz humana. Ello se ve reforzado por un reciente informe de la Agencia Española de Protección de Datos¹¹⁹⁶ en el que, aplicando ya el nuevo RGPD, establece claramente que la voz, al igual que la imagen, es un dato personal, “al igual que lo será cualquier información que permita determinar, directa o indirectamente, [la] identidad [de las personas], y así lo ha considerado en reiteradas ocasiones esta AEPD¹¹⁹⁷”. También cita la STC 98/2000, que censura la decisión de una empresa de instalar micrófonos en las zonas de caja de un casino, a la que nosotros añadimos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de

¹¹⁹⁵ Debemos hacer notar que la defensa de la aplicación señala que la voz, junto al número de teléfono, no puede considerarse como un dato personal puesto que la identificación de la persona que habla resulta prácticamente imposible de no realizarse “actividades desproporcionadas”, argumentando que el art. 5.1.o) del RLOPD, dispone que una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere “plazos o actividades desproporcionados”. No obstante, no nos parece que ello requiera actividades desproporcionadas, teniendo en cuenta que la aplicación también dispone del número de teléfono, lo que muy seguramente lleva al nombre del titular, con lo que la identificación de la persona resultará más fácil. Y todo ello sumado a las posibilidades que ofrecen hoy las nuevas técnicas de biometría de voz, que como vimos permiten identificar certeramente a las personas.

¹¹⁹⁶ Accesible en <https://www.aepd.es/media/informes/informe-juridico-rgpd-grabacion-de-imagenes-y-voz-proporcionalidad.pdf> [Fecha de última consulta: 21/10/2019]. La consulta plantea dudas en relación a la instalación de un sistema de videovigilancia con fines de seguridad y control de acceso a edificios y a presencia de empleados, control que implica la captación de imagen y voz de las personas que acceden al edificio y de los trabajadores de la empresa. Concluye que las grabaciones indiscriminadas de voz y conversaciones de los empleados y público en general que acceden a los edificios del Ayuntamiento a través de sistemas de videovigilancia, no cumpliría el principio de proporcionalidad, considerándose una medida intrusiva para la intimidad y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.

¹¹⁹⁷ Cita el informe 497/2007 de la APDP, “Informe Jurídico sobre grabaciones de voz por agentes de tráfico”.

2014, en la que se declara nuevamente que la voz de una persona es un dato de carácter personal¹¹⁹⁸.

2.2. LA VOZ COMO DATO BIOMÉTRICO

Resultando clara la incardinación de la voz como dato de carácter personal, debemos analizar también si la voz se puede constituir, dentro de aquella categoría, como un dato de carácter biométrico. El Reglamento (UE) 2016/679, sobre tratamiento de datos personales (RGPD)¹¹⁹⁹, define en su art. 4, apartado 14, los “datos biométricos” como los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

La definición dada por el RGPD resulta, como vemos, bastante escueta, pues solo menciona dos características –imágenes del rostro y huellas dactilares– a modo ejemplificativo. Mucho más ilustrativa resulta la delimitación que se refleja en el Dictamen 4/2007 del Grupo de Trabajo del art. 29, sobre lo que son los datos biométricos: propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una sola persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad. Ejemplos típicos de datos biométricos son los que proporcionan las

¹¹⁹⁸ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 19 de marzo 2014 (JUR 014\96877).

¹¹⁹⁹ Ya citado en el ap. 2.4.4, cap. II. La Constitución española (CE) reconoce en su art. 18.4 el derecho fundamental a la protección de datos personales. Como bien se dice en el punto I de la exposición de motivos de la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), nuestra Constitución fue pionera al estipular que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se hacía así eco de los trabajos desarrollados desde finales de la década de 1960 en el Consejo de Europa y de las pocas disposiciones legales adoptadas en países de nuestro entorno”. Hoy es indiscutible la consideración de este derecho como fundamental, pues así se desprende del art. 8 de la Carta de DDFF de la UE.

huellas dactilares, los modelos retinales, la estructura facial, las voces, pero también la geometría de la mano, las estructuras venosas e incluso determinada habilidad profundamente arraigada u otra característica del comportamiento (como la caligrafía, las pulsaciones, una manera particular de caminar o hablar, etc.)¹²⁰⁰.

Por lo tanto, hoy ya está fuera de toda duda que la voz sería uno de esos elementos del ser humano susceptible de ser reconocido por medio de técnicas biométricas. Así, ya se habla de la “huella vocal” de las personas. Si bien es cierto que la voz cambia según el momento del día, el estado de ánimo, o incluso la edad, siempre queda una parte fija (diferente de la parte que podríamos llamar “variable”) de la voz, y que es la que permite utilizar estas técnicas de reconocimiento biométrico. El conducto vocal actúa como un filtro variable, y cada una de sus configuraciones da un espectro acústico particular gracias al cual se pueden identificar los timbres de las vocales o los sonidos vocálicos¹²⁰¹. Conforme a ellas, se analizan los impulsos (o el también llamado “espectro”) que emite la voz de una persona al hablar, representándolos gráficamente para así compararlos con los de un registro de voz anterior (como podrá ser, por ejemplo, la del titular de la cuenta bancaria a la que se quiere acceder). Cuando esta técnica se emplee para sistemas de seguridad, para mayor certeza normalmente se pronunciará una misma palabra o frase a modo de contraseña, lo que permitirá aseverar, si la representación de ambos espectros concuerda, que se trata de idéntica persona al ser imposible que coincidan todas las características de la voz en dos individuos¹²⁰². Actualmente existen varias empresas que han desarrollado programas de software que, analizando más de cien parámetros físicos de la voz de una persona, consiguen establecer una identificación de la persona por su voz con una certeza casi absoluta, lo que tendrá implicaciones tanto en el ámbito de la protección de datos personales como en el de los derechos de la personalidad¹²⁰³.

¹²⁰⁰ Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales. Adoptado el 20 de junio de 2007. Grupo de Trabajo del art. 29. (01248/07/ES, WP 136), especialmente p. 9.

¹²⁰¹ CORNUT (1990), p. 44.

¹²⁰² FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 3.

¹²⁰³ Algunas de estas empresas son *Biometric Vox*, que utiliza el software para generar una firma electrónica mediante biometría de la voz, o para llevar el control de

Una de estas consecuencias, aparecida a raíz de la crisis sanitaria de la Covid-19, es la ya comentada *supra* sobre las iniciativas de empresas dedicadas al reconocimiento de personas a través de la voz consistentes en el desarrollo de una aplicación informática cuyo objetivo es detectar el índice de contagio de la enfermedad mediante el análisis de las alteraciones en la voz de una persona¹²⁰⁴. Aunque todavía no se ha implementado, creemos necesario recordar que estas prácticas deberán respetar, entre otros, los principios de proporcionalidad y limitación de la finalidad previstos en la normativa sobre protección de datos, tanto europea como española¹²⁰⁵. De hecho, a raíz de las múltiples iniciativas de creación de aplicaciones móviles para rastrear a las personas contagiadas y a sus contactos que están sacando los Estados¹²⁰⁶, la UE recuerda en la Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020, considerandos (3) y (7) y (8), que el enfoque común que deben adoptar los Estados debe proteger los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, debiendo establecerse de forma clara y específica el propósito y los medios del tratamiento de los datos sanitarios, qué datos deben tratarse y por quién¹²⁰⁷.

presencia y acceso en las empresas; *Serban Biometrics*, en la que se ofrecen diferentes sistemas de identificación de las personas, desde los de reconocimiento facial, hasta los de reconocimiento de voz. Sobre estos programas, véase <https://biometricvox.com/blog/biometria-de-voz/como-funciona-la-biometria-de-voz/> y <https://www.serbanbiometrics.es/es/soluciones/reconocimiento-de-voz> [Fecha de última consulta: 21/10/2019].

¹²⁰⁴ *Vid. supra* ap. 5.3.1, cap. IV.

¹²⁰⁵ Los principios relativos al tratamiento de datos se recogen en el art. 5 RGPD, y resumidamente son: licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, y responsabilidad proactiva.

¹²⁰⁶ Ya comentadas en el ap. 2.4.4, cap. II.

¹²⁰⁷ Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020, ya comentada en el ap. 2.4.4, cap. II.

2.3. LA ACCIÓN DEL ART. 82 RGPD

Asunto diferente será determinar en qué casos el reconocimiento de la voz como dato de carácter personal da lugar a la activación de la normativa de protección de datos, pues si hacemos una analogía con lo que la doctrina ha expuesto sobre la imagen –considerada también, indiscutiblemente, un dato de carácter personal– observaremos que no queda sometida a ella más que cuando se realizan una serie de tratamientos que facilitan el manejo de la imagen¹²⁰⁸. Para un sector doctrinal la imagen, para quedar bajo la regulación de la protección de datos, requiere que se realice con ella cualquier tipo de operación (tratamiento) que la haga accesible (fichero) y que sea relativa a una persona identificada o identificable (dato de carácter personal). Otro sector mantiene una concepción más laxa¹²⁰⁹, abogando por una visión más dinámica del carácter personal de la información, véase la imagen, de modo que la noción de dato de carácter personal no sea unívoca en función de su contenido material, sino que la información/imagen podrá ser o no personal en función de que quien la trate disponga del medio que permita relacionar un dato determinado con la persona a la que se refiere; y en caso contrario, se estará ante datos anónimos o disociados que no encajan en el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos. En cambio, no es esta postura la que se adopta en el citado Dictamen 4/2007, que considera que en los casos en los que la finalidad del tratamiento, en sí misma considerada, sea la identificación de las personas, en todo caso el responsable del tratamiento contará con medios para identificar a las personas cuyas imágenes se captan, ya que de lo contrario se incurriría en una contradicción flagrante al sostener que no siendo identificables las personas grabadas, la grabación de imágenes no se sujetaría a las normas de protección de datos, por ejemplo, en el ámbito de la videovigilancia, donde con frecuencia el responsable alega que en pocas ocasiones, o en ninguna, las personas han sido o pueden ser identificadas.

Siguiendo esta última postura, entendemos que tanto las grabaciones por cámaras de videovigilancia que capten imagen y voz,

¹²⁰⁸ REBOLLO DELGADO / SERRANO PÉREZ (2017), pp. 276-279.

¹²⁰⁹ GIL MEMBRADO (2019), pp. 1-26.

como la actividad que llevan a cabo las empresas que desarrollan y utilizan los reconocimientos biométricos de voz, están realizando un tratamiento que deberá respetar la normativa sobre protección de datos. De no hacerse –por ejemplo, por revelación o transmisión inconsentida de las grabaciones utilizadas y guardadas en los softwares de reconocimiento biométrico de voz– el afectado por el daño podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador ante la AEPD, o bien ejercer la acción regulada en el art. 82 del RGPD, orientada a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos frente al responsable o el encargado del tratamiento de los datos personales que hubieran infringido la normativa sobre protección de datos¹²¹⁰.

No obstante, compartimos la opinión de la doctrina de que la acción indemnizatoria prevista en el art. 82 RGPD podría quedar relegada por dos motivos: el primero, por las incertezas sobre su coordinación con los procedimientos seguidos ante la AEPD, además de aspectos sustantivos y procesales que no facilitan su interposición a las víctimas. El segundo, las mayores facilidades *ex art.* 9.3 LO 1/1982 que ofrece la acción indemnizatoria del art. 9.2 c) LO 1/1982, más rodada en los tribunales, y que además se puede acumular a la del art. 82 RGPD¹²¹¹. Así y todo, habrá casos en los que la acción de tutela de los derechos de la personalidad no resulte de aplicación por no constituir la ilicitud una intromisión en estos derechos, por lo que sí se tendría que aplicar la acción del art. 82 RGPD¹²¹².

¹²¹⁰ Sobre esta acción, *vid.* el trabajo de RUBÍ PUIG (2018), pp. 53-87.

¹²¹¹ Muestra de ello es que ni las partes ni el MF normalmente lo invocarán. Así, la STS 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828) admite que, además del derecho a la propia imagen y el derecho a comunicar libremente información veraz, también están implicados en el caso, entre otros, el derecho a la protección de datos de carácter personal, pero que no podrá ser objeto de debate por no haberse invocado su posible vulneración (FJ 1º).

¹²¹² RUBÍ PUIG (2019), p. 227, para quien, aun en estos últimos supuestos (especialmente en aquellos cuyos daños resultan de los *data breaches*) existen otros instrumentos resarcitorios más adecuados y eficaces para las víctimas, como el aseguramiento o los fondos de compensación.

3. La tutela de la voz desde el punto de vista de la propiedad intelectual

3.1. LOS DERECHOS A LA PATERNIDAD E INTEGRIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL ART. 113.1 LPI

Al igual que los autores, los artistas disponen de un derecho de paternidad que les faculta para exigir el reconocimiento de su nombre en sus interpretaciones o ejecuciones, aunque se trata de una facultad limitada por un principio de razonabilidad o proporcionalidad, que excluye este derecho cuando la omisión del nombre “venga dictada por la manera de utilizar” las interpretaciones o ejecuciones¹²¹³.

También disponen del derecho a la integridad, que reconoce la facultad de todo artista a oponerse a cualquier deformación, modificación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesionen su prestigio o reputación. El ilícito contra el que actúa la norma exige una modificación normativamente relevante en contra de la voluntad del artista, incluyéndose aspectos de las prestaciones tanto esenciales, como secundarios, de forma de la presentación¹²¹⁴, y tanto modificaciones directas como indirectas. En el caso *Tom Waits (2005)*, la AP, como vimos, entendió que se había infringido el derecho a la integridad de la prestación (la canción *Innocent when you dream*) del cantante por haberla modificado y sacado de contexto.

Como hemos expuesto al delimitar los derechos de propiedad intelectual de los derechos de la personalidad del artista, somos de la opinión de que la mención al prestigio profesional y reputación de los

¹²¹³ Por ejemplo, esta limitación resulta práctica cuando se trata de un grupo musical con muchos componentes. No debemos confundir la protección otorgada por este derecho con aquella que protege los intereses personales o patrimoniales del artista cuando se hace un uso no autorizado de su nombre, que pueden constituir conductas sancionables bajo la LCD, pero no bajo el art. 113.1 LPI.

¹²¹⁴ CÁMARA ÁGUILA (2017), p. 1671, citando un caso francés en que se entendió que la complicación de la prestación de un artista junto con otras actuaciones no podía depender exclusivamente del cesionario, requiriendo también la autorización del artista, pues se podía desnaturalizar el sentido de la interpretación (Sentencia de la *Cour de Cassation* (sala social) de 8 de febrero de 2006).

artistas no debe entenderse como la necesidad de que la modificación vulnere el derecho al honor del artista¹²¹⁵. Pero tampoco tiene por qué suponer un daño efectivo a este, sino que la interpretación que consideramos más adecuada es aquella análoga a la que se hace de los autores: que suponga un perjuicio a los legítimos intereses morales del artista en relación con su prestación intelectual¹²¹⁶.

Sobre el ejercicio *post mortem* de estos derechos, regulado en el art. 113.3 LPI, se entiende que la oposición a una alteración a la integridad de la interpretación podrá ejercitarse, de manera perpetua desde la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la persona natural o jurídica a la que el artista se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos o, en su caso, el Estado, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural legitimadas para ejercer tales derechos.

3.2. EL DOBLAJE EN LA PROPIA LENGUA DEL ARTISTA

3.2.1. El art. 113.2 LPI

El art. 113.2 LPI se refiere a la necesaria autorización expresa del artista, durante toda su vida, para el doblaje de su actuación en su propia lengua. Con este precepto se está protegiendo también la integridad de la prestación artística. Es una facultad que se predicará, básicamente, de actores y cantantes¹²¹⁷. La referencia a la “propia lengua” puede entenderse tanto a la lengua (o lenguas) maternas del artista, como a la lengua en la que interpreta y que pretende ser doblada, por otro artista,

¹²¹⁵ Al respecto, *vid.* ap. 7.3.2, cap. II.

¹²¹⁶ VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1384. En contra, CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1670-1671.

¹²¹⁷ En el caso de los anuncios publicitarios, cuyos protagonistas no tienen por qué ser actores o cantantes, también se realiza una prestación cuyos dos elementos fundamentales son la imagen y la voz de estas personas. Aunque los anuncios sí pueden quedar amparados por la normativa sobre derechos de autor, no parece claro que los que “interpretan” tales anuncios puedan quedar amparados bajo la protección de la normativa sobre artistas.

en la misma lengua¹²¹⁸. Es decir, que se protege tanto a la actriz¹²¹⁹ que fija su actuación en una lengua distinta a la suya (o a las suyas) y se pretende doblar a su lengua propia (o a otra de sus lenguas propias)¹²²⁰, como a la actriz que fija su actuación en su propia lengua y pretende ser doblada por otra persona en esa misma lengua. Lo que quedaría excluido por el ámbito de protección de la norma sería el doblaje en una lengua diferente a la que fue interpretada y distinta de la propia lengua del artista¹²²¹.

El precepto se refiere, por tanto, a la modificación producida en la interpretación realizada por el artista cuando se presenta con una voz distinta a la empleada por él mismo. La sustitución de la voz de la persona que presta su imagen por una persona distinta puede otorgar a la interpretación una impresión diferente, eliminando radicalmente uno de los rasgos de la personalidad del intérprete cuya imagen se asocia a esa voz que no es la suya, ya sea esta voz más o menos acorde con el

¹²¹⁸ No obstante, parte de la doctrina solo ve como “lengua propia” la lengua interpretativa, pues dicen que no se trata de traducir la interpretación a otras lenguas (lo que está relacionado con el derecho de transformación), sino de una alteración de la prestación al sustituirse un elemento de la misma (la voz) por otra diferente. PILAR CÁMARA (2017), p. 1671, y doctrina a la que cita en nota 32. Por el contrario, entendemos que si un actor tiene varias lenguas maternas (por ejemplo, la gallega María Castro), también tiene derecho a impedir, salvo autorización, el doblaje a esas lenguas por persona distinta a ella misma. También lo entienden así MARTÍN VILLAREJO (2009), p. 699, y VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1385.

¹²¹⁹ Por ejemplo, a la española Penélope Cruz, que ha interpretado películas en lengua inglesa.

¹²²⁰ Los casos serán claros para aquellas personas que utilicen habitualmente alguna de las lenguas autonómicas junto con el español. Aunque este es el ejemplo que utiliza MARTÍN VILLAREJO (2007), p. 699, no creemos que el criterio para establecer cuándo un actor se encuentra en esta situación sea la residencia (“resid[ir] de forma habitual en una Comunidad Autónoma con lengua propia”), sino que sea un hecho notorio que utiliza ambas lenguas, pues también podría darse el caso de que, residiendo en territorio autonómico con lengua propia, no utilizase esta o a la inversa, no emplease nunca el castellano.

¹²²¹ Así lo entiende MARTÍN VILLAREJO (2007), p. 699, y no como una presunción de cesión al productor de los derechos de doblaje o subtitulado de la obra, como entiende PÉREZ DE CASTRO, a la que cita.

personaje, cuestión que en todo caso será una apreciación subjetiva del espectador.

Es por esto último que no compartimos la opinión de alguna doctrina que postula que solo se vulnerará este derecho cuando se lesione el prestigio o la reputación del artista. Esta postura parte de que la facultad concedida en el art. 113.2 LPI forma parte del derecho a la integridad (cuestión a la que no nos oponemos), por lo que entienden que debe ponerse en relación con su apartado primero, regulador del derecho a la integridad en general. Y como este dispone que el artista podrá oponerse a toda modificación que lesione su prestigio o reputación, defienden que la ausencia de autorización del doblaje en la propia lengua solo dará lugar a una lesión del derecho a la integridad si ello lesiona la reputación del artista¹²²². Ejemplo con el que ilustran esta postura es el de la actriz de cine mudo Lina Lamont y protagonista de la película *Cantando bajo la lluvia*, que con la llegada del cine sonoro la productora pretendió sonorizar. La productora consideró “irritante y ridículo” el tono de su voz, y según su opinión, inservible para el cine sonoro, por lo que buscaron a otra actriz que prestase su voz. Todo ello, sin consentimiento de Lina Lamont, quien consideraba perfectamente válida su voz, y que cuando se enteró de la jugada, impuso a la productora ocultar que había sido doblada, pues ello afectaría a su reputación. Si este caso se hubiese dado en nuestro país, la doctrina a la que citamos entiende que Lina Lamont no podría haber demandado a la productora, pues el público ignoraba la voz que tenía la artista, por lo que su reputación no podía quedar en entredicho¹²²³.

No podemos estar de acuerdo con esta interpretación por cuanto el apartado segundo del mencionado artículo no exige como requisito que se cause una lesión al artista para que entre en juego su aplicación. Decir lo contrario sería casi como vaciarlo de contenido, pues resultará fácil justificar para quien decidiese doblar una interpretación sin autorización del artista intérprete que no se está lesionando su reputación. De hecho, serán menos las veces en las que se lesione al

¹²²² CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1671-1672.

¹²²³ CÁMARA ÁGUILA (2017), pp. 1672.

artista que aquellas en las que se pueda considerar que la voz elegida en el doblaje es respetuosa con el intérprete que primero le puso voz. Lo preceptuado por el art. 113.2 LPI entendemos, por tanto, que es una facultad que el legislador quiso otorgar al artista a mayores, para proteger la integridad de la actuación cuando se trata de modificar su voz en una actuación que a él le pertenece. En el caso *Lina Lamont* entendemos que la actriz sí tendría derecho a accionar contra la productora, pues no se le ha pedido autorización para doblar en su propia lengua¹²²⁴.

Recapitulando, el derecho a la integridad de la prestación del artista entendemos que tiene dos claras manifestaciones: por un lado, la de impedir aquella modificación que ponga en entredicho su reputación y prestigio; por otro, la de impedir el doblaje de su actuación en su propia lengua (y en los dos supuestos que vimos) salvo autorización expresa del artista. Lo cierto es que en ambos casos creemos que podría concurrir la infracción del derecho a la voz del artista, por lo que la protección podría venir dada por ambas vías, pudiéndose plantear como alternativas.

3.2.2. El art. 113.3 LPI

En cuanto al ejercicio *post mortem* de este derecho, cabe apuntar que el art. 113.3 LPI, que regula la protección *post mortem* de los derechos morales de paternidad e integridad con carácter perpetuo y de forma idéntica a la establecida para los autores en los arts. 15.1 y 16 LPI, no incluye esta protección en lo que se refiere al derecho del artista a autorizar expresamente el doblaje de su actuación en su propia lengua. Pero en determinados casos de infracción *post mortem* de este derecho, los autores dudan que no se pueda ampliar esta norma respecto del derecho de doblaje, cuando por ejemplo el artista hubiera manifestado

¹²²⁴ En sede de derechos de autor, resulta clara la vulneración a la integridad de una obra cuando, por ejemplo, tratándose de una película muda, se añade un acompañamiento musical no existente en la obra creada por el autor y que este no hubiese consentido, como sucedió en el célebre caso de la película de Charles Chaplin *The Kid*, en el que el Tribunal de París, en sentencia de 29 de abril de 1959, condenó a la empresa cinematográfica por haber añadido música de fondo sin el consentimiento del autor. Citada por ESPÍN CÁNOVAS (1991), p. 90.

en vida (v. gr. como contenido atípico de su testamento) su negativa a que un tercero realice tal doblaje a su propia lengua, y si una vez fallecido este, podrían sus herederos oponerse al doblaje. Se podría entender, en estos casos, que las personas legitimadas *ex art. 113.3 LPI* pueden ejercitar el derecho de integridad *post mortem*¹²²⁵. Si bien es cierto que ello podría suponer “vaciar de contenido la norma que determina la extinción de ese derecho con la muerte del artista; pero, por otro, el derecho de integridad *post mortem* sigue protegiendo un ámbito objetivo amplio, en el que podrían encuadrarse conductas parecidas”¹²²⁶.

Por otro lado, cabría cuestionar si la autorización del artista al doblaje en su propia lengua choca con el carácter irrenunciable e inalienable del derecho a la integridad. En opinión de la doctrina, al tratarse de una modificación o alteración específica (el doblaje en la lengua empleada con el artista), y siendo además necesario que la autorización sea expresa, no afectaría al carácter irrenunciable e inalienable del derecho a la integridad. La autorización neutraliza el atentado a la reputación del artista que se produciría si el doblaje se hubiera hecho sin el consentimiento del artista. Es por ello que solo el artista en vida puede autorizar el doblaje, de modo que, tras su muerte, solo quepa a los legitimados para el ejercicio de esta facultad moral defender la prestación frente a las alteraciones o cambios que pueda sufrir, entre otros, claro está, los derivados del doblaje en su propia lengua. Cabrá que el artista autorice el doblaje en su propia lengua para después de su muerte, por ejemplo, previéndolo en su testamento. Lo que no cabe es que la persona expresamente designada o sus herederos autoricen el doblaje, si es que el autor no lo hizo en vida”¹²²⁷. Esta cuestión puede ser de importancia capital en el ámbito cinematográfico debido a la llamada “resurrección digital” de actores, en donde estos profesionales ya comienzan a incluir cláusulas de salvaguarda de su imagen y voz digital tanto en los contratos que firman con las

¹²²⁵ MARTÍN VILLAREJO (2007), p. 700.

¹²²⁶ VENDRELL CERVANTES (2017 B), p. 1385.

¹²²⁷ CÁMARA ÁGUILA (2017), p. 1672.

productoras como en las disposiciones *post-mortem*, cuestión que en la doctrina anglosajona ya ha comenzado a estudiarse¹²²⁸.

En cuanto al doblaje, cabe aludir a un último supuesto planteado por la doctrina, cual es el uso por parte de determinadas empresas de voces conocidas por utilizarse siempre para doblar a determinada estrella del cine o personaje de ficción (se entiende que a lengua diferente de la propia), para anunciar un producto o servicio. Así, se generará en la mente del oyente la evocación de la figura no del doblador, sino del personaje doblado. Al respecto, esta doctrina se cuestiona sobre a quién corresponderá otorgar el consentimiento para el uso de esa voz. Obviamente, la voz pertenece al doblador, pero no es a él a quien el público evocará. Por eso se ha defendido que, al estarse “explotando la fama o notoriedad del [famoso]”, el valor patrimonial de esa voz corresponde a este, por lo que se haría necesario un doble consentimiento, el del doblador y el de la persona célebre (o titular de los derechos de explotación si es un personaje de ficción), para que se pueda hablar de un uso lícito de la voz¹²²⁹. Pero en nuestra opinión, en Derecho español, visto el art. 113.2 LPI que acabamos de comentar, no consideramos necesaria la concurrencia del consentimiento del famoso, pues precisamente la norma no exige un consentimiento expreso cuando se dobla una actuación a otra lengua. Por lo que con menos razón se justificaría un consentimiento para la realización de spots publicitarios que nada tienen que ver con la interpretación de ese actor “doblado” en determinada obra intelectual. Otra cosa será, como sí menciona la doctrina, que exista algún pacto de exclusividad en el contrato de doblaje para que esa voz no sea utilizada para otros fines comerciales¹²³⁰, aunque entendemos que deberá estipularse un límite temporal al pacto para que no se pueda reputar abusivo.

¹²²⁸ Sobre este tema, nos remitimos al trabajo de KENDALL (2011), sobre “*The Publicity Rights of Avatar`s Avatars*”.

¹²²⁹ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), pp. 4-5.

¹²³⁰ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), p. 4.

3.3. LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS MORALES

La infracción de los derechos morales arriba comentados podrá dar lugar al resarcimiento tanto de daños patrimoniales como morales; es decir, que somos de la opinión de SÁNCHEZ JORDÁN de que no cabe identificar la noción de daño moral con la de derecho moral¹²³¹. Así, podrán producirse perjuicios morales a la vez que económicos cuando se viole, por ejemplo, el derecho al doblaje en la propia lengua: pongamos que una afamada actriz gallega graba una serie en una de sus lenguas propias, el gallego, y que posteriormente la serie se dobla al castellano, también lengua propia de esta actriz. Si la productora optase por una actriz de voz diferente a la que originalmente ha grabado la serie, esta no solo sufriría un perjuicio económico –cuando menos, estaría perdiendo el importe cobrado por doblar la serie al castellano– sino también moral, pues se estarían dañando sus legítimos intereses a escuchar al personaje con su propia voz, viéndose representada con una que no le pertenece. También podrán producirse perjuicios morales y patrimoniales cuando se utilice, sin consentimiento del artista, una de sus canciones en un anuncio publicitario o en un producto comercial, pues se estará vulnerando su derecho a la integridad de la prestación, al sacar totalmente de contexto la obra¹²³². Así sucedió en el caso *Tom Waits* (2005), en el que la Audiencia entendió que se había infringido el derecho a la integridad de la prestación –la canción *Innocent when you dream*– del cantante por haberla modificado y sacado del ámbito para el que había sido creada.

Por lo tanto, cuando estemos ante la infracción de los derechos morales de los artistas, serán de aplicación, al igual que lo son para los autores, los arts. 138 y siguientes de la LPI. Como un análisis exhaustivo de estas acciones excedería los propósitos de este trabajo, dejaremos apuntadas solo algunas pinceladas del régimen aplicable, para al final analizar si serían compatibles o acumulables, en ciertos casos, con las previstas en la LO 1/1982.

¹²³¹ SÁNCHEZ JORDÁN (1993), p. 847.

¹²³² Dejaremos fuera de análisis la tutela que se ofrezca por los derechos patrimoniales que pueda ostentar el artista.

En cuanto al daño moral, son los arts. 138 y 140.2 a), párrafo segundo LPI los que facultan en el ámbito de la propiedad intelectual para el resarcimiento de los daños morales, y ello sin necesidad de que se pruebe la existencia de perjuicio económico. Según la doctrina, estamos ante una indemnización de naturaleza compensatoria, que trata de resarcir situaciones de desasosiego causadas por la violación de alguno de los derechos, pero que también puede tener una función presumiblemente punitiva¹²³³. Lo que aquí nos interesa examinar es la que se derivaría de la infracción de los derechos a la integridad de la prestación artística, que como ya vimos son derechos morales¹²³⁴. Así, entendemos que no será necesario un menoscabo a la reputación o prestigio del artista y bastará que exista un perjuicio a sus legítimos intereses protegidos por los derechos morales para que se resarza por esta partida¹²³⁵.

En lo que respecta al daño patrimonial, el art. 140 LPI parte del modelo alemán ya mencionado de la *dreifache Schadensberechnung*, en el que quien ve infringido su derecho podrá optar entre: el resarcimiento del daño real (lucro cesante y daño emergente), la remuneración equivalente al valor de cesión del derecho en el mercado, o la restitución del lucro obtenido por el infractor con la injerencia. Estas tres vías también están presentes, en nuestra opinión y como ya explicamos, en la LO 1/1982, pero con la ventaja de que podrá concurrir

¹²³³ RUBÍ PUIG (2017), pp. 603-604, postulando que, aunque desde el ámbito europeo se rechaza el rol punitivo de estas indemnizaciones, la dificultad radica en convenir un concepto operativo de daño punitivo, no debiendo equipararse sin más los conceptos de indemnización supracompensatoria con indemnización sancionatoria. También ESPÍN ALBA (2018), pp. 2296-2318, se pronuncia sobre las funciones de la responsabilidad civil en el sistema de infracciones del derecho de autor a la luz de varias sentencias del TJUE.

¹²³⁴ CABRERA RODRÍGUEZ (2017), pp. 17-19, resume estas posturas: para un sector doctrinal, la reparación del daño moral solo se reserva para infracciones de alguno de los derechos morales bien de los autores, art. 14 LPI, bien de los artistas, art. 113 LPI. Mientras que, para otro sector, se aplicaría también en caso de infracción de daños patrimoniales. Se muestran partidarios de esta última postura, entre otros, SÁNCHEZ JORDÁN (1993), p. 847; RUBÍ PUIG (2017), pp. 609-614.

¹²³⁵ RUBÍ PUIG (2017), p. 613 señala que las indemnizaciones por estas partidas son, en general, bajas.

la acción resarcitoria con la restitutoria, siempre y cuando los conceptos con los que se calcule la cuantía de una y otra no sean los mismos (por ejemplo, cuando se recurra al precio de una licencia hipotética como criterio de cuantificación del daño sufrido por el titular del derecho, ya no se podrá acudir a la *condictio* por intromisión).

En definitiva, vemos que la protección otorgada es similar a la que se deriva de la LO 1/1982: por un lado, el daño moral se presume acreditada una intromisión o vulneración del derecho moral, y por otro, el cálculo del daño patrimonial no difiere en exceso en ambos regímenes, si bien es ligeramente más beneficioso (por entender que pueden concurrir los dos tipos de pretensiones resarcitorias y recuperatorias) en la LO 1/1982.

Así, entendemos que los derechos morales de la artista gallega del ejemplo anterior quedarían salvaguardados bajo la normativa de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, pudiendo solicitar una indemnización tanto por daños morales como patrimoniales. En cambio, parece que no quedaría amparada bajo la LO 1/1982, dado que no estaríamos ante ninguna intromisión ilegítima de las que señalamos que incumbían a la voz bajo el paraguas del art. 7 LO 1/1982, pues el intromisor no está haciendo un uso de la voz de la artista, ni tampoco de una imitación, sino que la está sustituyendo por otra persona.

En cambio, aquel artista que vea vulnerado su derecho a la integridad de la prestación por haberse utilizado una canción fuera del contexto para el que fue escrita, o aquel que se vea imitado en similar contexto comercial o publicitario, y siempre y cuando la imitación sea de una de sus canciones, creemos que podrá acudir a ambas vías de forma indistinta. En ambos casos se protegerá su voz, si bien la tutela ofrecida por la LPI será una tutela mediata, a través de la protección de la integridad de la prestación, mientras que la tutela de la LO 1/1982 será una tutela inmediata, a través del derecho de la personalidad a la voz.

4. La tutela de la voz desde el punto de vista de la propiedad industrial: las marcas sonoras

4.1. INTRODUCCIÓN: LAS MARCAS NO CONVENCIONALES

La protección que se otorga a las marcas es el reconocimiento legal de la función psicológica que tienen los símbolos para las personas. Esa función genera que compremos bienes debido a un símbolo, por lo que el titular de la marca explota esta inclinación humana esforzándose por impregnar la atmósfera del mercado con el poder de atracción que genera un símbolo amable. Por lo que si un tercero se apropia de ese magnetismo comercial del símbolo que otro ha creado, este puede obtener un resarcimiento¹²³⁶.

Aunque lo más normal será que el signo mediante el que se representa una marca sea una denominación o un logotipo, también podrá ser un sonido. Tanto la normativa nacional (Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas) como la europea (Reglamento 2017/1001, sobre la Marca de la Unión Europea), permiten registrar sonidos como marcas¹²³⁷. El art. 4 de la Ley 17/2001 establece que dentro del concepto de marca se engloban todos los signos que sean apropiados para distinguir los productos de una empresa de los de otras y que se puedan representar en el Registro de Marcas de manera tal que permita determinarse el objeto claro y preciso de la protección otorgada. Dentro de los tipos de signos que se enumeran en el artículo, aparecen no solo las palabras, dibujos, cifras, colores y forma, sino también los sonidos. Así, la doctrina suele distinguir entre las marcas convencionales (las que se perciben por la vista y se expresan a través de letras, números,

¹²³⁶ Fundamentación del juez Frankfurter en la sentencia de la Corte Suprema de los EEUU en el caso *Wollen Mfg. v. S.S. Kresge Co.*, 316 U.S. 203 (1942).

¹²³⁷ También en la normativa internacional se entiende que pueden registrarse sonidos, pues el actual art. 2 del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, de 27 de marzo de 2006, no excluye a los signos que consisten en sonidos de los tipos de marcas sobre los que el convenio es aplicable. Mientras que el anterior Tratado de Ginebra sobre el Derecho de Marcas, de 27 de octubre de 1994, sí excluía de su ámbito de aplicación las marcas sonoras: art. 2.1. b) [*Nature of Marks*] *This Treaty shall not apply to hologram marks and to marks not consisting of visible signs, in particular, sound marks and olfactory marks.*

palabras, dibujos o símbolos), de las no convencionales (las que se pueden percibir por cualquiera de los cinco sentidos), adquiriendo estas últimas cada vez más relevancia¹²³⁸.

4.2. ¿LA VOZ COMO MARCA DE UNA PERSONA?

El registro de estas marcas no convencionales se ha facilitado gracias a la reforma de la Ley de marcas por el RD Ley 23/2018¹²³⁹, que introduce las modificaciones necesarias para transponer la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, eliminando el requisito formal de la necesaria representación gráfica. Con anterioridad a la reforma, las marcas sonoras solo podían protegerse si eran representables con notación musical en un pentagrama¹²⁴⁰. Pero la Directiva europea estableció en su considerando 13 que se debe permitir que un signo se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación ofrezca garantías satisfactorias a tal efecto. Esto se plasma en el art. 3 de la Directiva, que se reproduce de forma prácticamente idéntica en el actual art. 4 de la Ley española de marcas, y que se desarrolla en el art.

¹²³⁸ SUÑOL LUCEA (2017), pp. 183-185, señala que la ciencia conocida como “*Behavioural economics*” ha demostrado que los consumidores están saturados de las comunicaciones comerciales tradicionales y que una marca basada en una percepción sensorial puede ser más efectiva y captar más la atención del consumidor que las marcas tradicionales.

¹²³⁹ RD Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (Acuerdo de convalidación por resolución del Congreso de los Diputados de 22/01/2019, BOE núm. 25, de 29/01/2019).

¹²⁴⁰ Cuestión que había sido resuelta, en parte, por la jurisprudencia comunitaria (STJUE C-283/01, de 27 de noviembre de 2003) permitiendo que en vez de la representación escrita del sonido se pudiese representar mediante un pentagrama dividido en compases y en el que figuren una clave, algunas notas musicales y silencios y alteraciones. De todas formas, esta interpretación no solucionaba el problema de los sonidos onomatopéyicos.

2 del Reglamento¹²⁴¹, cuyo apartado g) establece que en los casos de las marcas constituidas exclusivamente por un sonido o combinación de sonidos –lo que se denomina “marca sonora”– estará representada por la presentación de un archivo de audio que reproduzca el sonido o por una representación exacta del sonido en notación musical¹²⁴². Esta redacción contrasta con la anterior, en la que se remarcaba la ineludible necesidad de reproducir gráficamente las marcas sonoras¹²⁴³.

Por otra parte, cabe destacar que la Ley de Marcas permite, según su art. 3, que sean también las personas físicas, no solo las jurídicas, las que puedan solicitar la adquisición de una marca¹²⁴⁴. Por lo que en principio el requisito de la legitimación para solicitar una marca sobre la propia voz se cumpliría.

Pero la doctrina ha señalado algunas dificultades con las que se puede encontrar el registro de una marca de este tipo. En lo que aquí nos interesa, se destaca la dificultad que puede entrañar el verificar la eventual similitud existente entre distintas marcas sonoras, puesto que el análisis debería hacerse sobre la base del sonido actual de la marca – es decir, mediante la percepción por el oído humano–, sin ningún tipo

¹²⁴¹ Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

¹²⁴² Esta redacción está tomada del art. 3.3 g) del Reglamento de ejecución (UE) 2018/626, de 5 de marzo de 2018, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431.

¹²⁴³ El antiguo art. 2.6 del Reglamento de marcas decía que “Cuando se solicite el registro de una marca sonora, la reproducción de la misma deberá ser necesariamente de carácter gráfico, pudiendo efectuarse mediante su representación en pentagrama”. En el plano de la marca europea, desde la promulgación del Reglamento (CE) 2868/95, de 13 de diciembre de 1995 (hoy ya derogado) se podían depositar ficheros electrónicos junto con la solicitud de la marca sonora. En cuanto a la necesidad de representación gráfica, dicho requisito se eliminó el 1 de octubre de 2017, cuando entró en vigor el Reglamento 2015/2424, que modificó el Reglamento (UE) 2017/1001, sobre la marca de la UE, permitiéndose simplemente la aportación de un archivo de sonido en formato mp3.

¹²⁴⁴ De hecho, la legitimación es muy amplia, permitiéndose obtener un registro de marca no solo a los nacionales o extranjeros que tengan su residencia habitual o establecimiento en España, sino también a los nacionales, domiciliados o con establecimiento comercial en un gran número de países.

de soporte digital, y la experiencia humana es subjetiva y “no demasiado fiable”, por lo que se propone que se pueda añadir, junto con la evaluación humana, un análisis digital de las marcas sonoras¹²⁴⁵. En el caso de la voz, estimamos que los sistemas de reconocimiento biométrico serían un buen instrumento para llevar a cabo tal análisis.

Por otro lado, también presenta dificultad que un simple sonido evoque un determinado origen ya no empresarial, sino personal, como sería la voz. Y es que normalmente se tratará de sonidos que hayan obtenido una distintividad sobrevenida, es decir, adquirida a lo largo de los años por su uso reiterado. Así, el “sonido del León” del comienzo de las películas se ha registrado como marca europea¹²⁴⁶, o la señal identificativa de una emisora de radio¹²⁴⁷. Por lo que, de constituirse una voz como marca, entendemos que solo podría serlo de una palabra, sonido, o como mucho una frase, pero no de la voz en sí, tratándose, por tanto, de una protección con alcance muy reducido, y que por otra parte también podría entrar en colisión con la protección otorgada por la normativa sobre propiedad intelectual si el sonido pudiese constituirse como obra original¹²⁴⁸. Es por ello que no nos detendremos a analizar las posibles acciones civiles que se podrían interponer en caso de infracción de un derecho de marca sonora, más que mencionar que se recogen en el art. 41 de la Ley de marcas. Solo nos gustaría recordar, que, aunque la Ley de Marcas no recoja expresamente una acción por enriquecimiento injustificado, lo cierto es que la regulación en el art. 43 de los criterios a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios por infracción de un derecho de marca ha llevado a la doctrina ha preguntarse si, en realidad, no se está atribuyendo al titular de la marca también una acción para reclamar el enriquecimiento

¹²⁴⁵ SUÑOL LUCEA (2017), p. 192.

¹²⁴⁶ Recogido aquí: <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/005170113>. [Fecha de última consulta: 21/09/2019].

¹²⁴⁷ Citada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (2008), p. 130.

¹²⁴⁸ En EEUU ha habido casos, como el mencionado *caso Sinatra*, en el que la demandante sostenía que su interpretación había adquirido un *secondary meaning* (un carácter distintivo) que la distinguía en el mercado como marca. Pero el tribunal consideró que la obra musical que ella interpretaba no podía constituirse como signo distintivo de la artista.

positivo o negativo que obtenga el infractor¹²⁴⁹. De hecho, ya con la redacción anterior a la dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, la mejor doctrina decía que los criterios de indemnización utilizados por el entonces art. 38.2 (hoy 43) de la Ley de Marcas eran propios de una acción de enriquecimiento injusto, “inertán[dose] unilateralmente criterios de restitución de un enriquecimiento positivo o negativo en un sistema tradicional de responsabilidad por culpa o negligencia”¹²⁵⁰.

5. La tutela de la voz desde la normativa sobre competencia desleal

5.1. INTRODUCCIÓN

El fundamento de la regulación contra la competencia desleal es evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudiquen a sus competidores mediante actuaciones incorrectas, es decir, actuaciones desleales¹²⁵¹. La cláusula general del art. 4 de la Ley

¹²⁴⁹ GARCÍA MARTÍN (2008), pp. 703-704, señalando que en todo caso la acción de enriquecimiento injusto también se reconoce para todos los supuestos de infracción del derecho de marca desde la promulgación de la Ley de Competencia desleal de 1991, según la postura de que la violación de la marca supone la infracción del derecho de exclusiva y al mismo tiempo puede implicar la realización de un acto de competencia desleal.

¹²⁵⁰ FERNÁNDEZ-NÓVOA (1997), p. 67.

¹²⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2011), pp. 40-42, quien explica que la regulación tradicional (en especial, la establecida en la ley alemana de 7 de junio de 1909 y en la jurisprudencia francesa que interpretaba el art. 1382 de su *Code*) trataba de proteger a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores que pudieran perjudicarles. Es decir, solo podían ejercitar la acción aquellos competidores del empresario autor de los actos incorrectos. No fue hasta mediados del s. XX cuando, debido a la legislación antitrust de origen estadounidense, se cambió la concepción: no era que los empresarios tuviesen derecho a competir, sino que debían hacerlo para que el mercado funcionase correctamente, pero garantizándose que se utilizan medios que no desvirtúen el sistema competitivo mediante acciones incorrectas. Por lo que la protección contra la competencia desleal responderá no solo al interés individual de los empresarios, sino al interés público para que el sistema competitivo funcione. La ley se aplica no solo a los empresarios y profesionales sino a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado.

3/1991, de competencia desleal (en adelante, LCD)¹²⁵² dispone que se reputará desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, que es el planteamiento más eficaz según demuestra la experiencia, ya que por una parte tipifica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica, y por otra se establece la prohibición en unos términos que permiten incluir los supuestos no especialmente previstos¹²⁵³.

A veces resultará difícil deslindar los ilícitos concurrenciales. Así, los actos de explotación de la reputación ajena y los actos de imitación, que son los dos que aquí nos interesan, serían tipos específicos por referencia al más general de los actos de engaño¹²⁵⁴. Pero como veremos, los casos en los que se utiliza inconscientemente la voz de una persona, podrían encontrar cabida en ambos. Además, por lo general se tratará de supuestos en los que exista un elemento publicitario, por lo que habrá de tenerse en cuenta también la Ley 34/1988, General de publicidad (en adelante, LGP)¹²⁵⁵.

5.2. LA IMITACIÓN DE LA VOZ EN EL ÁMBITO PUBLICITARIO

Art. 11 LCD dispone, en su apartado primero, que “la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley”¹²⁵⁶. En su apartado segundo, delimita el acto de imitación que

¹²⁵² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. BOE núm. 10, de 11/01/1991.

¹²⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2011), pp. 97, 99, 101.

¹²⁵⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (2011), p. 121.

¹²⁵⁵ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de publicidad. BOE núm. 274, de 15/11/1988.

¹²⁵⁶ La relación de la competencia desleal con los derechos exclusivos sobre propiedad industrial puede definirse como dos círculos concéntricos, en el que el interior protege los derechos absolutos –es un núcleo de protección más fuerte el de los derechos exclusivos de patentes y marcas – y uno exterior de competencia desleal, cuya protección es mas amplia pero menos sólida. Esta última protección no se da en todo caso, sino que depende de las circunstancias en las que actúe el competidor. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2011), pp. 46-47, señalando la doctrina del TS que establece que la LCD no duplica la protección que otorga la normativa de propiedad industrial, sino que tiene carácter complementario. Las fronteras entre uno y otro ámbito no son siempre nítidas, y a veces sucede que algún supuesto de competencia

sí se reputará desleal: aquel que resulte idóneo para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Por “imitación” se entiende una actividad que supone una recreación, al mediar esfuerzo intermedio o recreador, que implica que una prestación “de imitación”, ha sido obtenida a semejanza de otra “originaria”, y por ello se aproxima, en mayor o menor grado, a la originaria. Por lo que para que pueda existir imitación es necesario que haya recreación, en el sentido de existencia un esfuerzo intermedio (si no, estaríamos más próximos a una actividad de recreación o copia)¹²⁵⁷.

Así, será usual que en el ámbito publicitario se imiten canciones de artistas conocidos para atraer la atención del oyente. A los efectos de nuestro estudio, será irrelevante que la empresa cuyo producto se anuncia, o la empresa que realiza el anuncio para esta, haya abonado la cantidad correspondiente a quien ostente los derechos de explotación sobre la obra (tanto de autores como de intérpretes) o a quien se los hayan cedido estos, pues como ya dijimos, el derecho a la integridad de la prestación del artista lo protege frente a usos que modifiquen el contexto en el que se muestra la obra o prestación. Así sucedió en los tantas veces comentados casos donde se imitó la voz grave y rota de Tom Waits: tanto en la sentencia de 1992, como en la de 2005, las imitaciones fueron hechas en un contexto, el publicitario, para el que no fueron concebidas, razón suficiente para considerar infringido tanto el derecho a la integridad de la prestación de Tom Waits, como su derecho de la personalidad a la voz.

Por su especial mención a la voz, debemos destacar un caso resuelto en primera instancia sobre una *cover version* utilizado por una empresa para configurar el *ringtone* de la canción "Opá, yo viazé un corrá". En él, la empresa contrató a una persona para que interpretase la susodicha

desleal puede tener relevancia en el ámbito de los derechos exclusivos. Por ejemplo, el aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos registrados, también es un supuesto incluido en las prohibiciones relativas de registro, art 8 Ley de Marcas de 2001. También la utilización de marca ajena en la publicidad (acto de competencia desleal), se incluye también dentro del contenido del derecho de marca (art. 34.3 d)).

¹²⁵⁷ DOMÍNGUEZ PÉREZ (2011), p. 287.

canción, y aunque en principio lo esperable habría sido que se distinguiese de la versión original “por las especiales características de voz y personalidad de D. Alfredo” (el imitador), sin embargo, éste declaró en la vista que a pesar de ser madrileño intentó utilizar el acento y tono de voz propios de D. Roberto (el cantante original) con el fin de que su versión se pareciera lo más posible a la original. Este comportamiento mereció, para el tribunal, el reproche de desleal a la luz del artículo 11.2 LCD, puesto que con ella se enviaba al consumidor el mensaje de que el *ringtone* comercializado por la entidad demandada no procedía de una *cover version* sino que estaba extraído del original¹²⁵⁸. En nuestra opinión, de nuevo, estaríamos ante una posible intromisión en el derecho a la voz del artista original de la canción, además de en su derecho moral a la integridad de la prestación artística, por lo que la concurrencia de pretensiones sería triple.

5.3. EL APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LA REPUTACIÓN PROFESIONAL (ART. 12 LCD)

El art. 12 LCD prohíbe el aprovechamiento indebido de la reputación adquirida por otro en el mercado, persiguiendo obtener una ventaja por medio de la referencia a un producto o servicio ajeno para promocionar el producto o servicio propio. Esta conducta será difícil de deslindar del comentado acto de imitación *ex art.* 11.2 LCD, debido a que ambos actos tienen en común perseguir aprovecharse del esfuerzo de otros participantes en el mercado¹²⁵⁹. No obstante, el aprovechamiento no buscará, en principio, que exista un riesgo de confusión ni de asociación, sino que de lo que trata es de obtener una ventaja a costa del esfuerzo de otro¹²⁶⁰. Gran parte de los supuestos que se encuadrarán en este artículo tendrán un elemento publicitario, por lo que resultará aplicable lo establecido en la LGP, que desde la reforma de 2009 dispone de mecanismos de coordinación con la LCD, estableciendo que “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las

¹²⁵⁸ Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, Auto de 26 julio 2006 (JUR 2006\224677) (Caso “Opa, yo viazé un corrá”). Fto. Jco. 3°. Además, para mayor confusión, en la página web a través de la que se ofrecía la contratación del *ringtone* se hizo uso de la caricatura del cantante original.

¹²⁵⁹ ARROYO APARICIO (2011), pp. 321-322.

¹²⁶⁰ ARROYO APARICIO (2011), p. 320.

establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal” (art. 6 LGP).

En opinión de AVENDAÑO, cuando estemos ante personas famosas, las intromisiones derivadas del art. 7.6 LO 1/1982 constituirán un acto de aprovechamiento indebido de su reputación profesional encuadrable en este art. 12 LCD. No obstante, para este autor se exigiría el consentimiento “no como un reconocimiento a su favor de la existencia de un derecho subjetivo, sino para que pueda el anunciante así gozar de una situación de paz jurídica”¹²⁶¹. Nosotros, en cambio, creemos que esta persona también tendrá derecho a demandar por vulneración de sus derechos de la personalidad.

5.4. ACCIONES DEL ART. 32 LCD

El art. 32 LCD dispone que, contra los actos de competencia desleal, cabrá interponer las acciones declarativas, de cesación, remoción, rectificación, resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal si ha intervenido dolo o culpa del agente, y por último la acción de enriquecimiento injusto, “que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”¹²⁶². Así, de todas las normas que regulan los denominados derechos inmateriales, esta es la única que diferencia claramente la acción de enriquecimiento de la acción de indemnización de daños.

En el *Caso Dalí*, además de la acción de protección de los derechos de imagen del artista, la Fundación interpuso otras dos acciones, siendo una de ellas la de competencia desleal, que es estimada en primera instancia por considerar como conductas desleales de los demandados el uso del nombre de “Salvador Dalí” o “Dalí” como palabras clave en los buscadores de internet para enlazar con la web de la exposición, en

¹²⁶¹ AVENDAÑO (2010), pp. 7-8

¹²⁶² Como dijo un destacado civilista, PANTALEÓN PRIETO (1998), p. 15, en el prólogo a la obra de BASOZÁBAL ARRÚE (1998) sobre enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, “mejor le habría ido al legislador español que se encargó de tipificar las acciones de la ley de Patentes y de la Ley de Marcas si hubiesen optado por la rigurosa diferenciación que se expone en el art. 32 de la LCD”.

la que también aparecía la imagen del artista. Análogamente, creemos que en los casos de imitaciones incontinentadas de la voz en el ámbito comercial o publicitario, en especial cuando se aprecie un aprovechamiento de la reputación del titular de la voz, podrían interponerse las acciones del art. 32 LCD, por lo que habría una concurrencia de pretensiones resarcitorias y restitutorias a través de estas acciones y las del art. 9 LO 1/1982, dado que estas últimas también serían aplicables *ex. art. 7.6 LO 1/1982*.



CONCLUSIONS

I. The present doctoral thesis focuses on the study of the right to one's voice not only as a personality right but also as an autonomous one. As it could not be otherwise, it is necessary to consider a historical overview of the institutions that protect what we nowadays know as personality rights, which themselves have been evolving throughout History. Beginning with Roman society, where values such as privacy and good reputation were of outmost importance, the primitive *iniuria* of the XII Tables will be reflected with greater or lesser success in the writings of the Visigoths and the Middle Ages, representing *Las Leyes de las Partidas* of ALFONSO X one of the best exponents of this evolution. The feelings of honour, loyalty and dignity that reigned at the time were embodied in them; therefore, although their wording could be confusing, there would be fundamental contributions such as the *Ley 21, Título IX, Partida VII* which seven centuries later, in 1912, would be the basis for the recognition, for the first time in our legal system, of civil protection of the right to honour.

II. Throughout the XV, XVI and XVII centuries, the Spanish School of Natural Law, made up mostly of theologians and jurists connected with the University of Salamanca, not only laid the foundations for the legal concept of person and the category of subjective right, but also enriched the categorizations of people's goods with digressions on honour and fame and took the first steps towards the formulation of the primitive concept of unjustified enrichment, which was crucial in the subsequent protection of personality rights. Perpetually forgotten by most of the later Spanish legal doctrine, and currently recovered, in part, by European authors, the importance of DOMINGO DE SOTO, LUIS DE MOLINA or FRANCISCO SUÁREZ have been deliberately highlighted. They are only the apex of this great Salamanca School whose treatises *De Iustitia et Iure* or *De Legibus* have helped to understand the

subjectivist turn of the Law that was later completed by rationalist jurists.

III. The “imagined empathy” –as LYNN HUNT denominates that empathy that requires of an act of imagination to assume that other people are equal to you–, we consider, like this author, that it is the foundation of the Human Rights that flourish in the XVIII century. Although the category of personality rights as we know it today is fundamentally within the domains of private law, it is nevertheless clear that its boundaries with respect to certain fundamental rights remains diffuse. Studying the theories of birthrights that emerge in this era has served us to justify the fact that today the law of the physical person (*Derecho de la persona*) continues to be constructed not only from the point of view of civil law, but from the point of view of constitutional law as well.

IV. The first European Civil Codes promulgated during the XIX century did not, in general, deal with the person as such, but only as a center of imputation of legal relations. Although the Spanish Civil Code was not spared from this unfortunate omission, in our dissertation we draw attention to the Draft Civil Codes of 1821 and 1836, since they contain a kind of regulation of the basic rights of persons whose nature was somewhere between the civil and the political. Also, the Portuguese Civil Code of 1867, the *Seabra Code*, included the positivization of the *direitos originários*, although still without a general clause of protection of the personality, which will not appear until a century later with the new Portuguese Civil Code of 1966.

V. The industrial and economic changes of the XIX century caused the need to protect new realities. Thus, these rights emerge: author rights that had been coming to the foreground since the invention of the printing press, the rights to one’s image with the appearance of the photographic camera, or the timid right to one’s voice brought on by the advent of the gramophone and first mentioned by Gareis –a German jurist who, together with Gierke and Kohler, will be considered the first

ones to formulate the category of personality rights –. Furthermore, the jurisprudence, with cases mostly involving women, began to protect the image and name of a person when these were used without the consent of their owners. In the XX century we find mention of a right to one's voice in the Spanish author RUIZ Y TOMÁS in 1931, in the Commission for the reform of the French Civil Code in 1950, and in some recent Civil Codes.

VI. On the whole, comparative case law will be responsible for gradually formulating a right to one's voice, initially as hypothesis and then fully recognizing it. Cases such as that of the Italian tenor Enrico Caruso, the opera diva Maria Callas, the comedians Bert Lahr, Claude Pieplu and Heinz Erhardt or the singers Bette Middler and Tom Waits will establish that the voice has a distinctive value of personality that deserves to be protected by a specific right. We also reveal comparative doctrine that will catalogue this right as one of those emanating from the protection of personality.

VII. On the contrary, if we take the perspective of our national law, in the Spanish legal system there does not seem to be, yet, a clear recognition of the right to one's voice. Although various authors have enunciated its existence, it has always been in a tangential way. Similarly, in the few judgements that mention it, case law continues to include the right to one's voice as part of the right to one's own image, whose unauthorized capture and reproduction intensifies the violation of the right of image, but does not recognize it as an autonomous right.

VIII. Nevertheless, as we just anticipated, we claim that the right to one's voice deserves full recognition as an autonomous personality right. On the basis of the pluralist theory, we believe that the category of personality rights is elastic, an indispensable quality to achieve its adaptation to the new realities of protection that the person may require. We consider that art. 10.1 CE would be the clause that makes new rights more flexible and could serve as a basis for them, giving rise to the right to one's voice by means of said flexibility in the values set out in art.

18.1 CE, a position that is reinforced by the express mention of the voice in art. 7.6 LO 1/1982.

IX. Unlawful intrusions that may affect the right to one's voice are taken from the open interpretation of art. 7 LO 1/1982. This includes conducts in which, without the consent of the owner of the voice: listening devices are installed, the voice is recorded in private life or outside it, or a commercial or advertising use of the voice is made (in which case we also include imitations that give rise to confusion about the true owner of the voice).

X. The aim of this right is to be able to decide how to use one's own voice to safeguard one's own reserved sphere against the knowledge of others, and which is necessary to be able to freely exercise the development of one's personality. According to our thesis, it is not only a question of protecting moral interests, but also the economic value, to a greater or lesser extent, that a voice may have. However, in any case, it will be protected in a unique way, in the same right to one's voice (and therefore deserving constitutional protection), since we do not share the opinion of those who defend the existence of an economic right separated from the personal one. The parameters with which to measure this economic value will not only have to do with the physical characteristics of the voice, but also with the popularity or recognition that a person may have within a society, or a specific group of people.

XI. The protection will be extended to the voices of the deceased, and again in both the patrimonial and moral spheres. In this sense, we do not ignore the virtuality of testamentary clauses prohibiting or empowering the use of the deceased's voice, tracing its existence in comparative law, where they are considered perfectly valid, effective and, in consequence, capable of being protected by law.

XII. Derived from its economic value, we find contracts in which the main subject matter will be, precisely, the voice. Therefore, voice can not only be used as a vehicle for expressing one's will in the contracting process, or as a means of formalizing the contract through

voice biometric signature, but can also constitute the main subject matter, for example in contracts dealing with artists, in the dubbing sector or in the technology sector. In the artistic field, the transposition of Directive (EU) 2019/760 on Copyright and related rights in the Digital Single Market into our legislation will be fundamental to achieve the correct protection of this sector, whose economic interests are practically orphaned by the current *LPI* (Spanish Act of Intellectual Property).

XIII. The voice assignment by contract will be covered by the so-called contracts for intangible property. As we have stated, it will normally have a commercial or advertising purpose, although we do not rule out any other lawful purpose, such as altruistic “voice donations” for voice synthesizers of people who have lost theirs. These will be configured as mere assignments or licenses for use, in which the assignor, in any case, will continue to hold the ownership of the assigned right. On the other hand, the absolute freedom to revoke consent, which can be taken from the literal wording of art. 2.3 of LO 1/1982, will come up against the limit of good faith when we are faced with violations in which the economic aspect of the right prevails, a situation in which the majority of voice assignments will be found. However, there will be circumstances that may give rise to the illegality of the contract and allow the holder of the assigned voice the right to dissociate herself from it when the clauses are contrary to the law, moral or public order; furthermore, the clauses must be interpreted in a restrictive manner, avoiding assignments of voice for any kind of use.

XIV. Due to our configuration of the right to one’s voice as an autonomous personality right, its protection will be given, primarily, through the actions provided for in art. 9 LO 1/1982. In particular, the action for damages will be applicable, in which the moral damages will normally be given when the unauthorized use of the voice creates the impression that a certain person supports a product or advertising; the patrimonial damages will also be applicable for loss of the commercial value of that voice. And, on the other hand, the action of unjust

enrichment in its modality of *condictio* by intrusion will also be applicable. According to our opinion, and as we have reasoned in the corresponding section, the latter action would be the most appropriate for cases of unauthorized imitation of the voice when the intruder obtains a profit from its use.

XV. Finally, our research does not ignore that voice protection may also be implemented, in certain cases, through data protection, intellectual property and unfair competition regulations. Thus, when the voice constitutes a personal data, the protection can be triggered by art. 82 RGPD, although we believe that the cases in which the action of art. 9.2 c) LO 1/1982 is also applicable, it will be convenient to attend to the latter because of the greater facilities it offers (especially, because of its presumption of moral damage). On the other hand, when we are dealing with an unconscious use of the voice of performers, actions for the violation of the integrity of their artistic performance may come into play, offering a mediated protection of the voice (as opposed to the immediate protection that we understand could also be granted through LO 1/1982). Finally, we consider the protection through the LCD, in cases of imitations or improper use of the reputation of others in a commercial environment, cases in which there may be a concurrence of damages and unjust enrichment claims through the actions foreseen in art. 32 LCD and art. 9 LO 1/1982.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tribunal Constitucional

STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).

STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988/231).

STC 241/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991/241).

STC 223/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992/223).

STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994/117).

STC 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994/170).

STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999/180).

STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000/98).

STC 282/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/282).

STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/81).

STC 119/2001, de 29 de mayo (RTC 2001/119).

STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003/14).

STC 16/2004, de 23 de febrero (RTC 2004/16).

STC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004/43).

STC 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008/51).

STC 140/2009, de 15 de junio (RTC 2009/140).

STC 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010/60).

STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010/23).

STC 150/2011, de 29 de septiembre (RTC 2011/150).

STC 198/2012, de 6 de noviembre, (RTC 2012/198).

STC 92/2013, de 23 de abril (RTC 2013/92).

STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013/176).

STC 186/2013, de 4 de noviembre (RTC 2013/186).

STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/167).

STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013/208).

STC 46/2014, de 7 de abril (RTC 2014/46).

STC 11/2016, de 1 de febrero (RTC 2016/11).

STC 131/2016, de 18 de julio (RTC 2016/131).

STC 201/2016, de 28 de noviembre (RTC 2016/201).

ATC 40/2017, de 28 de febrero (RTC 2017/40 AUTO).

STC 29/2017, de 27 de febrero (RTC 2017/29).

STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018/58).

STC 25/2019 de 28 febrero (RTC 2019\25).

STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019/99).

STC 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

STS de 6 de diciembre de 1912 (JC 1912/95).

STS de 21 de enero de 1988 (RJ 1988/131).

STS de 5 de octubre de 1989 (RJ 1989\6886).

STS 1152/1994, de 21 de diciembre (RJ 1994\9775).

STS 880/1999, 29 de octubre (RJ 1999/ 8165).

STS 881/1999, de 29 de octubre (RJ 1999/8167).

STS 533/2000, de 31 de mayo (RJ 2000/5089).

STS 912/2000, de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000/7722).

STS 995/2000, de 6 de noviembre (RJ 2000/9590).

STS 1000/2000, de 6 de noviembre (RJ 2000/9910).

STS 400/2001, de 20 de abril (RJ 2001/5284).

STS 1163/2003, de 9 de diciembre (RJ 2003/8643).

STS 344/2003, de 1 de abril (RJ 2003/2979).

STS 993/2005, de 22 de diciembre (RJ 2006/282).

STS 1212/2007, de 28 de noviembre (RJ 2007/8455).

STS 754/2008, de 22 de julio (RJ 2008/4495).

STS 284/2009, de 24 de abril (RJ 2009\3166).

STS 619/2011, de 14 de septiembre (RJ 2011/7353).

STS 386/2011, de 12 de diciembre (RJ 2012/35).

STS 221/2012, de 9 de abril (RJ 2012/8986).

STS 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013/928).

STS 219/2014, de 8 de mayo (RJ 2014/33019).

STS 478/2014, de 2 de octubre (RJ 2014\4869).

ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141).

STS 266/2016 de 21 abril (JUR 2016\86734).

STS 414/2016, de 20 de junio (*Caso Dalí*).

STS 746/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016/5997).

STS 91/2017, de 15 de febrero (RJ 2017\302).

STS 476/2018 de 20 julio (RJ\2018\2832).

STS 591/2018, de 23 octubre (RJ\2018\4654).

STS 504/2019, de 30 de septiembre (RJ 2019/3625).

STS 596/2019, de 7 de noviembre (RJ 2019\4474).

STS 600/2019, de 7 de noviembre (RJ 2019/4458).

STS 685/2019, de 17 de diciembre (JUR 2020\28548).

ATS de 18 de diciembre de 2019 (JUR 2020/3690).

STS 697/2019, de 19 de diciembre (RJ 2019\5259).

STS 27/2020, de 24 de febrero (JUR 2020\84828).

STS 115/2020, de 19 de febrero (RJ 2020/482).

STS 130/2020, de 27 de febrero (RJ 2020/613).

Tribunal Supremo (otras salas)

SAN (Sala de lo C-A), de 19 de marzo 2014 (JUR 014\96877).

STS 489/2018 (Sala de lo Penal), de 23 de octubre (RJ 2018/4937).

STS 462/2019 (Sala de lo Penal), de 14 de octubre (RJ 2019/4052).

ATS (Sala de lo C-A) de 31 de mayo de 2019 (JUR/2019/175724).

Audiencias Provinciales

SAP Alicante (secc. 6ª), 316/2013, de 19 de septiembre (AC/2013/1782).

SAP Lugo (secc.1ª), de 15 de febrero (JUR 2017/82242).

SAP Toledo (secc. 1ª), 117/2019, de 27 de septiembre (JUR 2019/293101).

SAP Girona (secc. 1ª), de 30 de marzo de 2006 (AC 2006/1622).

SAP Barcelona (secc. 15ª), de 24 de julio de 2013 (AC 2013/1662).

SAP Barcelona (secc. 15ª), de 10 de septiembre de 2003 (AC 2004/289).

SAP Barcelona (secc. 15ª), de 17 de noviembre de 2005 (AC\2006\754), *Caso Tom Waits (2005)*.

SAP Toledo (secc. 1ª), 117/2019, de 27 de septiembre (JUR 2019/293101).

SAP Valencia, 597/2004, de 2 de noviembre (AC 2004/1994).

Juzgados de Primera Instancia

Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 26 julio 2006 (JUR 2006\224677).

JURISPRUDENCIA FRANCESA

Corte de Casación

Cour de cassation, de 30 de enero de 1974, *Bulletin des arrêts des chambres civiles* 1974, 1, núm. 33, p. 28.

Cortes de Apelación

Cour d'appel Paris 8 de julio de 1887, *Annales de la propriété industrielle*, 1888, pp. 287-289.

Cour d'appel París 26 de julio de 1900, *Annales de la propriété industrielle*, 1902, pp. 174-179, *Caso Duquesa d'Uzès*.

Cour d'appel Pau, 22 de enero de 2001, núm. 99/00051, D. 2002, 2375. *Caso voz en avión*.

Cour d'appel París, 1ª cámara, de 2 de noviembre de 1992.

Cour d'appel París, 14ª cámara, de 12 de enero de 2005 (núm. 4/15706).

Tribunales de Primera Instancia

Trib. civil Seine, 16 de junio de 1858, Dalloz, 1858, 3ª parte, p. 62. *Caso Rachel*.

Trib. civil Seine, 20 de junio de 1884, *Annales de la propriété industrielle*, 1888, pp. 281-286. *Caso acuarela de Alejandro Dumas*.

Trib. comm. Seine 8 de junio de 1886, *Annales de la propriété industrielle*, 1894, pp. 349-353. *Caso Sara Bernhardt*.

Trib. civil Seine, 30 de abril de 1896, Dalloz, 1896, 2, p. 376.

Trib. de Gran Instancia París, de 19 de mayo de 1982, Dalloz 1983, pp. 147-149 y *Jurisclasseur périodique*, pp. 19954-19955. *Caso Maria Callas*.

Trib. civil Seine, de 6 de marzo de 1903, S. 1907, 2, 115.

Trib. de Gran Instancia París, de 3 de diciembre de 1975, D. 1977, 211, *Revue tr. Droit civil*, 1979, p. 380. *Caso Claude Pieplu*.

Trib. de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977, D. 1977, 700, *Revue tr. Droit civil*, 1979, p. 380. *Caso Zitrone*.

JURISPRUDENCIA ITALIANA

Corte de casación

Cass. núm. 4487, de 22 de diciembre de 1956, *Foro italiano*, 1957, I, c. 4. *Caso Caruso*.

Cortes de apelación

Aud. Prov. de Torino, 3 de marzo de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, pp. 716-719.

App. Milano 26 de julio de 1904, *Giurisprudenza italiana*, 1905, II, pp. 231-240.

App. Roma, de 17 de mayo de 1955, *Foro Italiano*, 1956, I, c. 796. *Caso Caruso*.

Tribunales civiles

Trib. Milano, de 27 de mayo de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, 2, pp. 713-716.

Trib. Roma, de 23 de diciembre de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, 2, pp. 75-78.

Trib. Roma, de 14 de septiembre de 1953, *Il foro italiano*, 1954, vol. 77, pp. 115-133. *Caso Caruso*.

Trib. Milano, de 10 febrero de 1966, *Diritto di autore* (1966), pp. 369-375 y (1964), pp. 191-194 (*Brasili c. Compagnia cinematografica Champion*).

Trib. Milano, de 10 febrero de 2000, *AiDA*, 2000, p. 879.

Trib. Roma, de 12 mayo de 1993. *Caso Branduardi*.

Trib. Milán, 26 mayo 1997, *Caso clip di voce*.

JURISPRUDENCIA PORTUGUESA

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2005 (Bernardo Domingos) en <http://www.dgsi.pt>

Acórdão do STJ de 25.10.2005 (Silva Salazar) en <http://www.dgsi.pt>

JURISPRUDENCIA ALEMANA

Tribunal constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)

BVerfGE 34, 269, de 14 de febrero de 1973.

Tribunal supremo del Imperio (*Reichsgericht*)

RG 29/11/1898, *Caso del pisapapeles*.

RG 28/12/1899, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Zeitschrift*, 1900, pp. 206-210. *Caso Otto von Bismark*.

Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*)

BGHZ 13, 334, de 25 de mayo d 1954. *Caso Schachtbrief*.

BGHZ 26, 349, de 14 de febrero de 1958.

BGH, de 1 de diciembre de 1999, *GRUR*, 2000, núm. 8, pp. 709-715. *Caso Marlene Dietrich*.

Tribunales regionales de apelación (*Oberlandesgericht*)

OLG Hamburg, Urt. v. 18. August 2005 (5 U 135/04, *Magazindienst* 2006, 188).

OLG Hamburg, de 8 de mayo de 1989 (3 W 45/89, *GRUR* 1989, 666). *Caso Heinz Erhardt*.

OGH Wien, de 20 de marzo de 2003 (6 Ob 287/02b, *Medien und Recht* 2003, 92).

Juzgados de primera instancia (*Landgericht*)

LG Berlin, de 23 de junio 2005 (27 O 237/05, *ZUM-RD* 2005, 517).

LG München, *Beschl.* v. 28. Juni 2006 (9 O 11200/06, *AfP* 2006, 582).

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

Marion Manola v. Stevens & Myers, N.Y. Supreme Court, “New York Times” of June 15, 18, 21, 1890, *Caso Marion Manola*.

Marks v. Jaffa, 26 N.Y.S. 908 (Sup.Ct.1898).

Roberson v. Rochester Folding Bo Co., 65 NYS 1109, *Caso Abigail Roberson*.

Pavesich v. New England Life Insurance Co, 50 SE 68 (Ga 1905), *Caso Pavesich*.

Melvin v. Reid, 112 Cal. App. Court, 285 (1931).

Bert Lahr v. Adell Chemical Co., 300 F.2d 256 (1st Cir., 1962), *Caso Bert Lahr*.

Nancy Sinatra v. Goodyear Tire and Rubber Co., 435 F. 2d 711 (9th Cir. 1970), *Caso Sinatra*.

Welsh v. Pritchard, 241 P.2d 816 (Mont. 1952) y *Gilham v. Burlington N., Inc.*, 514 F.2d 660 (9th Cir. 1975).

Bette Midler v. Ford Motor Company, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988). *Caso Bette Midler*.

Tom Waits v. Frito Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir., 1992), *Caso Tom Waits* (1992).

Maxwell v. N.W. Ayer, Inc., 159 Misc. 2d 454, 605 N.Y.S.2d 174, 3 A.D. Cas. (BNA) 736 (Sup 1993).

Streisand v. Adelman et al., SC 077, 257 (Cal. Sup. Court, Dec. 31 2003).

Lemon v. Harlem Globetrotters Intern., Inc., 26 I.E.R. Cas. (BNA) 81, 2007 WL 1101261 (D. Ariz. 2007).

Romantics v. Activision Pub., Inc., 574 F.Supp.2d 758 (E.D. Mich. 2008).

Milton H. Greene Archives, Inc. v. Marilyn Monroe LLC, 692 F.3d 983 (2012).

Trannel v. Prairie Ridge Media, Inc., 2013 IL App (2d) 120725, 370 Ill. Dec. 157, 987 N.E.2d 923.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH caso *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3).

STEDH caso *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004/68).

STEDH caso *Mennesson c. Francia*, de 26 de junio de 2014, asunto 65192/11 (JUR 2014\176908).

STEDH caso *Labassee c. Francia*, de 26 de junio de 2014, asunto 65941/11 (JUR 2014\176905).

STEDH (secc. 3ª), caso *Cuenca Zarzoso c. España*, de 16 de enero de 2018 (TEDH 2018/2).

STEDH (secc. 5ª) caso *Foulon y Bouvet c. Francia*, de 21 de julio de 2016, asuntos 9063/14 y 10410/14 (TEDH 2016/61).

STEDH (secc. 5ª) caso *Laborie c. Francia*, de 19 de enero de 2017, asunto 44024/13 (JUR 2017/14349).

BIBLIOGRAFÍA

ADENEY, E., *The Moral Rights of Authors and Performers. An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press, Great Britain, 2006.

AGUILERA RULL, A., “Daño moral por discriminación”, *El daño moral y su cuantificación*, GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I. (Coord.), Wolters Kluwer, 2017, pp. 559-586.

AGUILERA Y VELASCO, A., *Código civil italiano: comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América (1881)*, Librería universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.

ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

ALLEN, A. L. / MACK, E., “How Privacy Got Its Gender”, *Northern Illinois University Law Review*, Vol. 10, 1990, pp. 441-478.

ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1117-1127.

- “La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., / MÉNDEZ GONZÁLEZ, E.P. (Coords.), Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 117-137.

ALPA, G., *Los principios de la responsabilidad civil*, trad. esp. de MORENO MORE, C., Temis, Bogotá, 2018.

ALVARADO PLANAS, J., *El Problema del germanismo en el Derecho español: siglos V-XI*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1979.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La prescripción en el Código civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 1/2012, pp. 1-26.

- “Nota al Auto del TS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 67 (2), 2015, pp. 218-222.

- “La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, núm. 3, 2017, pp. 36-62.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. / GARCÍA RUBIO, MP., “El nombre de las personas físicas”, *Tratado de Derecho de la persona física*, GETE-ALONSO CALERA (Dir.), Vol. 1, 2013, pp. 469-522.

AMMERMAN YEBRA, J., “La Adelaida del *El Sur* y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 167-171.

- “The voice of the opera singer and its protection: another look at the Maria Callas case”, *Law and the Opera*, ANNUNZIATA, F./COLOMBO, G.F. (Ed.), Springer, Cham (Suíza), 2018 A, pp. 253-267.

- “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 8, bis (extraordinario), julio 2018 B, pp. 253-264.

- “Los reconocimientos biométricos de voz y su repercusión en la consideración de la voz como un dato de carácter personal y como un derecho de la personalidad”, *El Derecho ante la transformación digital*, PUENTES COCIÑA, B. / QUINTIÁ PASTRANA, A. (Dir.), Atelier, Barcelona, 2019, pp. 195-203.

ANSERMET, E., “La musique et son exécution. De la nature de l’activité propre du compositeur, de l’interprète et de l’exécutant en collectivité au regard des droits qui en résultent”, *RIDA*, 1960, núm. 27, pp. 57-71.

APARICIO PÉREZ, M. A., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, nº6, 1989, pp. 9-18.

ARAMBURO, M., *Filosofía del Derecho*, Instituto de las Españas, 1929.

ARNOLD, R., *Performers’ Rights and Recording Rights*, ESC Publishing Limited, Oxford, 1990.

ARROYO APARICIO, A., “Artículo 12. Explotación de la reputación ajena”, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 317-350.

ARTURO CUEVILLAS, F. N., “Luis de Molina: el creador de la idea del derecho como facultad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1954, pp. 103-116.

AZCÁRATE, G. DE, “Introducción” al *Código civil de la República de Chile. Comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, AGUILERA Y VELASCO, A. (Dir.), Imp. García y Calavera, Madrid, 1881, pp. 3-27.

AZCÁRRAGA, J. DE, “Balthasar Gómez de Amescua: Tractatus de potestate in se ipsum”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato modern. Atti de ll’incontro di studio Florencia, 12-19 ottobre 1972*, A. Giuffrè, Milán, 1972.

AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El derecho al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.

- *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2016.

BARRIENTOS GRANDÓN, J., “Sobre el “Espacio” y el “Tiempo” y el “Estado de las Personas”. Una mirada desde la Historia del Derecho”, *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, MECCARELLI, M., SOLLA SASTRE, M^a J., (Eds.), Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, 2016, pp. 63-99.

BARROS BOURIE, E., “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-78.

BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

- “Enriquecimiento injusto” comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXI, fasc. 1, 2018, pp. 13-78.

- “La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 99-167.

BASOZABAL ARRÚE, X. / DEL OLMO GARCÍA, P. (Dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015.

BAYLOS, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Madrid, 1993.

BEALE, H. et. al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart, Oxford, 2010.

BECOURT, D., *Le Droit de la personne sur son image*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1969.

BELTRÁN DE HEREDIA, V., *De justitia: introducción*, FRANCISCO DE VITORIA, Salamanca, 1934.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1976.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “III. Otros: Cesión de Derechos de imagen y bienes de la personalidad. *Merchandising*”, *Tratado de contratos. Tomo IV*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4606-4643.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentarios al art. 4”, *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 121-132.

- “Nociones introductorias”, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 39-69.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

- “La protección del honor y de la imagen de los discapacitados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, BIB 2014/555, núm. 11, 2014, pp. 1-5.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a S., “La protección del consumidor en la firma de contratos a través de la voz”, *Publicaciones jurídicas Centro de Estudios de Consumo*, oct. 2019, pp. 1-5.

BEVERLEY-SMITH, H., *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, UK, 2002.

BEVERLEY-SMITH, H. / OHLY, A. / LUCAS-SCHLOETTER, A., *Privacy, Property and Personality. Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, New York, 2005.

BIANCA, C.M., *Diritto civile. I. La Norma Giuridica. I Soggetti.*, A. Giuffrè, Milán, 1990.

BIRKS, P., “The early history of iniuria”, *TIJ*, núm. 37, 1969, pp. 163-208.

BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008 A.

- “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”, *Bienes de la personalidad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008 B, pp. 13-91.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. español de DE ASÍS ROIG, R., Sistema, Madrid, 1991.

BODAS DAGA, M.E., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.

BONILLA SÁNCHEZ, J.J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.

BORRELL Y SOLER, A., “El enriquecimiento injustificado. Discurso en la Sesión pública inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona el 3 de febrero de 1926”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n.32, enero-febrero 1926, pp. 10-51.

BRAT, C.: “Top-Down or from the Ground?: A Practical Perspective on Reforming the Field of Children and the Law”, *The Yale Law Journal Forum*, 127, 2018, pp. 917-841.

BRAVO BOSCH, M^a, J., *La injuria verbal colectiva*, Dykinson, Madrid, 2007.

BRUFAU PRATS, J., *El Pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1960.

BRUGUIÈRE, J.M., “Droits patrimoniaux de la personnalité”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier-Mars, 2016, pp. 1-24.

CABEDO SERNA, L., *El derecho de remuneración del autor*, Dykinson, Madrid, 2011.

CABEZUELO ARENAS, A. L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación”, BIB 2014/659, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2014, pp. 1-11.

CABRERA RODRÍGUEZ, J., “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual”, *Revista de propiedad intelectual*, núm. 57, 2017, pp. 13-34.

CÁMARA ÁGUILA, P., “Comentario al art. 113”, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1662-1675.

CAMPOGRANDE, V., “Los derechos sobre la propia persona”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 89, 1896, pp. 514-545.

CAPELO DE SOUSA, R. V. A., *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

CARONI, P., *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CARRASCO PERERA, Á. / DEL ESTAL SASTRE, R., “Comentario al art. 140”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Tecnos, 2017, pp. 1855-1872.

CARRO, V., *Domingo de Soto y su doctrina jurídica. Estudio teológico-jurídico e histórico*, Hijos E. Minuesa, S.L, Madrid, 1943.

CARVALHO FERNANDES, L. A., *Teoría Geral do Direito Civil*, I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

CASH, B. J., “Hasta la Vista, Funny Guys: Arnold Schwarzenegger’s Fictional Voice Misappropriation Lawsuit against Comedians Imitating His Voice and the Case for a Federal Right of Publicity Statute”, *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 18, 2010, pp. 207-241.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1952, Reus, Madrid, 1952, pp. 5-62.

- *Derecho civil español, común y foral, T.I. Introducción y parte general*, rev. y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., Reus, Madrid, 2005.

CITRON, R., “Das Recht an Klang und Geste”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1901, p. 67.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº4, 1983, pp.1243-1262.

- “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, 1984, pp. 101-126.

- “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 47, núm. 3, 1994, pp. 31-69.

COCTEAU, J., *La voix humaine*, (obra de teatro de un solo acto), 1930.

COHEN, J. / LOREN, L. / OKEDIJI, R. / O’ROURKE, M., *Copyright in a Global Information Economy*, Wolters Kluwer, New York, 2015.

COOLIDGE, F. L., “Iniuria in the Corpus Juris Civilis”, *Boston University Law Review*, núm. 50, 1970, pp. 271-284.

CORNIL, G., *Ancient Droit Romain. Le probleme des origines*, Vandeveld, Bruselas, 1930.

CORNUT, G., *La Voix*, Presses Universitaires de France, París, 1990.

COSTA GONÇALVES, D., “Notas breves sobre a origem dos direitos de personalidade”, *Revista de Direito Civil*, Vol. 3, 2017, pp. 655-672.

COTTER, T. F. / DMITRIEVA, I. Y., “Integrating the Right of Publicity with First Amendment and Copyright Preemption Analysis, *Columbia Journal of Law & Arts*, Vol. 33, 2010, pp. 165-225.

COUHIN, C., *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, T. II, L. Larose, Paris, 1898.

CROSS, R., “Duns Scotus and Suarez at the Origins of Modernity”, *Deconstructing Radical Orthodoxy*, HANKEY, WAYNE J. y HEDLEY, D. (Eds.), Ashgate, 2005, pp. 85-102.

CROWE, M.B., “The “Impious Hypothesis”: a Paradox in Hugo Grotius?”, *Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law*, Ashgate, Reino Unido, 1999, pp. 3-34.

CUARTERO RUBIO, M^a V., “El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación *iusprivatista* desde el recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 363-389.

D’ORS, Á., “Imago, numen, genius (para una teología pagana de la personalidad)”, vol. 1, 1988, pp. 191-196.

- *El Código de Eurico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1960.

D’ORS, Á. / HERNÁNDEZ-TEJERO, F. / FUENTESECA, P. / GARCÍA-GARRIDO, M. / BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, Tomos I, II y III, Aranzadi, Pamplona, 1975.

D’ORS, J.Á., *Elementos de Derecho Privado Romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2016.

DAILEY, A. / ROSENBURY, L., “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 127, 2018, pp. 1448-1537.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La protección de la personalidad en el Derecho privado”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1974, pp. 7-142.

DE AQUINO, T., *Tratado de la Justicia y el Derecho (Summa Theologica II-II, Qs. 57 ss)*, comentado por RUÍZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1942.

DEBRUYNE, N., “Privaatrechtelijke bescherming van de stem in commerciële context”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, vol. 3, 2018, pp. 1101-1193.

DE CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil*, FERNANDES, F. L. / GUIMARÃES, M. R. / REDINHA, M. R. (Coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo II, Derecho de la Persona, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

- “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 12, núm. 4, 1959, pp. 1237-1275.

- *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.

DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, Vol. IV, T. I, Giuffré, Milán, 1959.

- *I diritti della personalità, Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. IV, A. Giuffré, Milán, 1982.

DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DE LA QUADRA SALCEDO, T., “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº61, 1980, pp. 129-142.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, J., *Extracto de las Siete partidas: reducidas en su estilo antiguo*, Vda. e hijo de Marín, Madrid, 1799.

DE LAPUERTA MONTOYA, D., *Estudio sobre el "edictum de adtemptata pudicitia"*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- “La "contumelia" indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer e hijos”, *El derecho de familia de Roma al derecho actual*, LÓPEZ-ROSA, R. / DEL PINO-TOSCANO, F. (Eds.) Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pp. 355-372.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso que precede al Fuero Juzgo, en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Edición de la Real Academia Española, Ibarra, Madrid, 1815.

DE ROMÁN PÉREZ, R., *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1390-1402.

- “Los Derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero 2017, pp. 54-111.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. / DE LAS HERAS VIVES, L., “Los derechos de la personalidad frente al “sexting”, “streaming” y otros fenómenos digitales: nuevos retos para su estudio, vigencia y protección en el siglo XXI”, *Internet y los derechos de la personalidad*, VÁZQUEZ DE CASTRO, L.M. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 181-228.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil. I Parte general*, LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. A. / LUNA SERRANO, A. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J., Vol. 2. Personas, Dykinson, Madrid, 2010.

- “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7675, 2011, pp. 1-9.

- “Autonomía privada y derecho de sucesiones”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, T. I, PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 513-640.

- "Codificación, Código civil y Derechos civiles forales", versión provisional abreviada de la ponencia introductoria al *XVII Simposio de Derecho Histórico y autonómico de los territorios de Vasconia. La reforma del Fuero Nuevo de Navarra*, celebrado en el Parlamento de Navarra, 13 de diciembre de 2019, pp. 1-10, a la que he tenido acceso por gentileza del autor.

DEZZA, E., *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Ed. G.Giappichelli, Turín, 2000.

DÍEZ DÍAZ, J., “¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Reus, Madrid, 1963, pp. 858-901.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El sentido histórico del Derecho civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, pp. 595-654.

- *La doctrina del enriquecimiento injustificado. Discurso leído el día 14 d diciembre de 1987, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 7-131.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007 A.

- “Commodum ex negotiatione”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LX, fasc. IV, 2007 B, pp. 1601-1617.

- “Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, J. A., Dykinson, Madrid, 2007 C, pp. 237-254.

DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, I*, Tecnos, Madrid, 2012.

DOGAN, S., “*Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum: Publicity as a legal right*”, *Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP*, DREYFUSS, R. C. / GINSBURG, J. C. (Eds.), Cambridge University Press, Reino Unido, 2014, pp. 17-38.

- “Bullying and Opportunism in Trademark and Right-of-Publicity Law”, *Boston University Law Review*, Vol. 96, 2016, pp. 1293-1324.

- “Stirring the Pot: A Response to Rothman’s Right of Publicity”, *Columbia Journal of Law and the Arts*, núm. 42, 2019, pp. 321-329.

DOGAN, S. L. / LEMLEY, M. A., “What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, 2006, pp. 1161-1220.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M^a, “Art. 11. Actos de imitación”, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 279-316.

DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, trad. al español de FERRARI, C., Gedisa, Barcelona, 1988.

ENCABO VERA, M. A., *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ENNECCERUS, L. / NIPPERDEY, H. C., *Derecho civil (Parte General)*, traducido al español por PÉREZ GONZÁLEZ, B. / ALGUER, J., Vol. I, Bosch, Barcelona, 1934.

ESCUTIA ROMERO, R., “La difamación pública en Derecho romano”, *RJUAM*, nº 22, 2010, pp. 65-104.

ESPÍN ALBA, I., “Daño moral en el derecho de autor: el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética y los daños punitivos”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 768, 2018, pp. 2296-2318.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

FARIÑA FARIÑA, R., “¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, Núm. 2, 2016, pp. 223-227.

FARNÓS AMORÓS, E., “*Paradiso y Campanelli c. Italia* (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, pp. 231-242.

FEENSTRA, R., “Grotius’ Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation”, *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995, pp. 197-233.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 314-341.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *El nombre de las personas*, Reus, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La difamación en el Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P., “Protección del artista frente a la imitación de su voz”, *Actualidad Civil Jurisprudencia*, núm. 21, Wolters Kluwer, 2010, pp. 1-36.

FERRARI, F., “Tipicidad y atipicidad del hecho ilícito”, *Atlas de Derecho privado comparado*, GALGANO, F. (Coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 243-278.

FERRATER MORA, J., “Suárez and Modern Philosophy”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 14, nº 4, 1953, pp. 528-547. También en su versión española, “Suárez y la filosofía moderna”, *Cuestiones disputadas. Ensayos de filosofía*, Oficina Gráfica Madrileña, Madrid, 1955, pp. 151-177.

FIGUEROA YÁÑEZ, G., “El Derecho de la persona: pasado, presente y futuro”, *El Código civil de Chile (1855-2005)*, GUZMÁN BRITO, A. (Dir.), LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, pp. 331-377.

FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto del Derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, Publ. Anuario Jurídico Escorialense, San Lorenzo de El Escorial, 1960.

GAINES, J., *Contested culture: the image, the voice, and the law*, University of North Carolina Press, 1991.

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, I, Cedam, Padua, 1990.

GALLARDO RUEDA, A., “El derecho al secreto sobre la vida privada”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de enero de 1961, pp. 3-5.

GANS, M. M., “Publicity Rights and the Estate Tax”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 42, 2019, pp. 399-415.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Artículo 5. Actos de engaño”, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 115-142.

GARCÍA GARNICA, M^a C., “El art. 162 del CC: una regla especial de capacidad de obrar en el ejercicio de los derechos de la personalidad”, *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 151-172.

GARCÍA GOLDAR, M., *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

GARCÍA GOLDAR, M. / AMMERMAN YEBRA, J., “Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, Núm. 1, 2017, pp. 77-124.

GARCÍA MARTÍN, I., “Artículo 43”, *Comentarios a la Ley de Marcas*, T. I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. / GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 699-720.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

- *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.

- “Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 79-133.

- “Los derechos de la Personalidad”, *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C. (Dir.), Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2013 A, pp. 595-631.

- “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, N^o 13, 2013 B, pp. 83-108.

- “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, *Glosas sobre Federico de Castro*, DIEZ-PICAZO, L. (Dir.), Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2015, pp. 229-277.

- “Sociedad líquida y codificación”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIX, fasc. III, 2016, pp. 743-780.

- “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, 2017 A, pp. 1-33.

- “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, *Propostas de Modernización do Dereito*, GARCÍA

GOLDAR, M. / AMMERMAN YEBRA, J. (Dirs.), Universidade de Santiago de Compostela, 2017 B, pp. 7-18.

- “Propuestas o modelos de codificación del enriquecimiento sin causa en España”, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, BASOZABAL ARRUE, X. / DEL OLMO GARCÍA, P. (Dirs.), Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 C, pp. 237-280.

- “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018 A, pp. 29-60.

- “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018 B, pp. 143-192.

- “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 4, 2019 A, pp. 1-43.

- “Prólogo”, *Discapacidad intelectual y Derecho*, ESPEJO YAKSIC, N. / LATHROP GÓMEZ, F. (Coords. y Eds.), Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2019 B, pp. V-IX.

- “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Libro Homenaje a Juan Roca Guillamón*, GETE-ALONSO CALERA, M^a C. (Dir.), 2020, pp. 1-30 (facilitado por gentileza de la autora).

GARCÍA RUBIO, M^a P. / HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 67-89.

GARCÍA RUBIO, M^a P. / MÉNDEZ GARCÍA, J.F. (Coords.), *Douscentos anos do Code Civil des Français*, Publicaciones Universidade de Santiago de Compostela, 2005.

GAREIS, C., “Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes”, *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, pp. 185-210, accesible en http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/bigpage/%222084638_nf10%2b1877_0191%22 [Fecha de última consulta: 30/03/2020].

GARZÓN VICENTE, A. / DE LACALLE BAIGORRI, I., “La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 22, 2008, pp. 629-637.

GAYO, C., *Instituciones*, HERNÁNDEZ TEJERO, F. (Coord.), Civitas, Madrid, 1985.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., “Persona, personalidad, capacidad”, *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C. (Dir.), Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2013, pp. 61-120.

GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht* (1895), edición de BINDING / OETKER, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1936.

GIL MEMBRADO, C., “La imagen como dato personal y su tratamiento”, *Diario La Ley*, núm. 27, sección ciberderecho, 28 marzo 2019, pp. 1-26.

GIMENO PÉREZ, F. / TORRES GALLARDO, B., *Anatomía de la voz*, Paidotribo, Barcelona, 2008.

GINSBURG, J., “A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America”, *Tulane Law Review*, Vol. 64, núm. 5, 1990, pp. 991-1031.

GIOFFREDI, C., *Nuovi Studi di Diritto Greco e Romano*, Roma, 1980.

GISCLARD, T., “Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45, 2014, pp.18-42.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen (Derecho a la propia)”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XI, Seix, Barcelona, 1962, pp. 301-376.

- “El derecho a la propia imagen, hoy”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, T. IV, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 203-252.

GOBIN, A. “Notas a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris de 19 mayo de 1982”, *Jurisclasseur périodique*, 1983, número 19955.

GOMES CANOTILHO, J.J. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GÖTTING, H.P., *Persönlichkeitsrechte al Vermögensrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.

- “Das Recht am eigenen Bild, Anhang zu §60 UhrR/ §22-22 KUG Kommentar”, *Urheberrecht Kommentar*, SCHRICKER, G. (Hrsg.), Beck, München, 2006.

GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Libro II, (1625) TORRUBIANO RIPOLL (Ed.), Reus, Madrid, 1925.

- *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Libro I, (1625), MARIÑO GÓMEZ, P. (Ed. y traducción bilingüe), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

GUERRERO LEBRÓN, M., *La Protección jurídica del honor post mortem en derecho romano y en derecho civil*, Comares, Granada, 2002.

- *La injuria indirecta en derecho romano*, Dykinson, Sevilla, 2005.

GUIMARÃES, M. R., “A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística. Questões actuais”, *XX Estudos comemorativos dos 20 anos da FDFP*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017 A, pp. 291-311.

- “A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter”, *A tutela geral e especial da personalidade humana* [ebook], Centro de Estudos Judiciários, 2017 B, disponible en http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_TutelaP2017.pdf

- “A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral da orden pública”, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017 C, pp. 413-433.

- “A protecção multinível dos direitos de personalidade”, *Curso de Pós Graduação “Direito do Trabalho” Tribunal da Relação do Porto/Centro de Investigação Jurídico Económica*, 2019 (facilitada por gentileza de la autora).

GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

HAAKONSSSEN, K., “Hugo Grotius and the History of Political Thought”, *Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law*, Ashgate, Gran Bretaña, 1999, pp. 34-61.

HABERMAS, J., *The theory of communicative action*, Heinemann, 1984.

HALFFTER, C. / PARADA, L. I., *El placer de la música*, Síntesis, Madrid, 2004.

HALLEBEEK, J., “La formación de la idea de “enriquecimiento injustificado” como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca”, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, BASOZABAL ARRUE, X. / DEL OLMO GARCÍA, P. (Dirs.), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 37-47.

HATTENHAUER, C., “Der Mensch als solcher rechtsfähig”, *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, KLEIN, E. / MENKE, C. (Eds.), BWV, Berlín, 2011, pp. 39-66.

HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, (traducción española de HERNÁNDEZ, G.), Ariel, Barcelona, 1987.

HASSLER, T., *Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, LexisNexis, París, 2014.

HERNÁNDEZ MARCOS, M., *Tras la luz de la ley. Legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de ilustración jurídica*, Dykinson, Madrid, 2017.

HEUMAN, H. / SECKEL, E., “Voz iniuria”, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, Austria, 1958.

HUET-WEILLER, D., “La protection juridique de la voix humaine”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1982, pp. 497-513.

HUNT, LYNN, *La invención de los Derechos Humanos*, trad. esp. de BELTRÁN FERRER, Tusquets, Barcelona, 2009.

IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL, E., “Francisco Suárez y los derechos humanos. Corrientes historiográficas y perspectivas críticas actuales”, *Pensamiento*, vol. 74, núm. 279, 2018, pp. 221-235.

IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.

INFANTE RUÍZ, F. / OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *InDret*, núm. 3, 2009, pp. 1-58.

IUDICA, G. “Interpretazione giuridica e interpretazione musicale”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 50, CEDAM, Padua, 2004, pp. 467-479.

IVAINER, T., “Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé”, *Gazette du Palais*, 1966, Doctrina, París, pp. 91-96.

JEANDIN, N., “Commentaire sur les articles 28-28a”, *Commentaire Romand. Code civil I*, PICHONNAZ, P. / Foëx, B. (Eds.), Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, pp. 244-276.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “Art. 10.1”, *Comentarios a la Constitución española*, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M^a E., (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 213-229.

JUSTINIANO, *Instituciones*, trad. esp. de HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Versión Española de las Instituciones de Justiniano*, Escelicer, Madrid, 1961.

KANT, E., *Principios metafísicos del Derecho*, AYALA, F. (Ed.), Espuela de Plata, España, 2004.

KENDALL, C., “The Publicity Rights of Avatar’s Avatars”, *UCLA Entertainment Law Review*, n. 18, 2011, pp. 180-198.

KOHLER, J., “Kommentar zum *Otto von Bismark Urteil*”, *RGZ* 28/12/1899, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Zeitschrift*, 1900, pp. 206-210.

LACHANCE, L., *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953.

- *El Derecho y los derechos del hombre*, trad. al español de HORNO LIRIA, Rialp, Madrid, 1979.

LAKE, J., *The Face That Launched a Thousand Lawsuits. The American Women who Forged a Right to Privacy*, Yale University Press, Connecticut, 2016.

- “Disembodied Data and Corporeal Violation: Our Gendered Privacy Law Priorities and Preoccupations”, *UNSW Law Journal*, Vol. 42, 2019, pp. 119-153.

LALINDE ABADIA, J., “Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolástica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti de ll’incontro di studio, Florencia, 12-19 ottobre*, A. Giuffrè, Milán, 1972.

LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española*, 4. *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LEPAGE, A., “Protection de la voix en tant qu’attribut de la personnalité”, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2375.

LEPAGE, A. / MARINO, L. / BIGOT, C., “Droits de la personnalité”, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2771.

LERDO DE TEJADA, M. E., “Comentario al art. 659 CC”, *Comentarios al Código civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 774-777.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid, 1992.

LINDON, R., “Notas a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 19 mayo de 1982”, *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de legislation*, 1983, pp. 148-149.

LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, 1690, ed. de 1823 consultada en <https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf> [Fecha de última consulta: 30/10/2019].

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1986, pp. 1059-1120.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “La garantía institucional de la herencia”, *Derecho privado y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 29-62.

LUCAS, A. / LUCAS-SCHLOETTER, A. / BERNAULT, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, Paris, 2017.

LUCES GIL, F., *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Bosch, Barcelona, 1977.

LUÑO PEÑA, E., *Derecho natural*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico y Extensión Universitaria de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1947.

MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 2008, pp. 1-17.

MAFFEI, D., “Capitolo Terzo. Il *right of publicity*”, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, RESTA, G. (Ed.), Wolters Kluwer, Turín, 2011, pp. 511-548.

MALEVILLE, J. DE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d’Etat*, vol. 1, Garnery, París, 1807.

MANAI, D., “Commentaire sur les articles 11-15”, *Commentaire Romand. Code civil I*, PICHONNAZ, P. / Foëx, B. (Eds.), Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, pp. 153-167.

MANFREDINI, A. D., *La diffamazione verbale nel diritto romano*, A. Giuffrè, Milán, 1979.

- “L’*iniura* nelle XII Tavole. *Intestabilis ex lege* (Cornelia de Iniuriis?) (Recenti letture in materia di *iniuria*)”, *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 799-817.

MARCO ARAGÓN, T., “Claroscuros: el artista como mecenas”, *Melómano: la revista de música clásica*, Vol. 21, núm. 219, 2016, pp. 18-19.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L., *Síntesis y guía del Derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1959.

MARTÍN CASALS, M., “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, *El mercado de las ideas*, SALVADOR CODERCH, P. (Dir.), Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990 A, pp. 382-410.

- “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990 B, pp. 1231-1273.

MARTÍN CASALS, M. /SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 21, 1989, pp. 751-766.

MARTÍN QUIÑA, G., “De la autogestión al modelo de negocios 360°. La producción musical independiente en vivo en la ciudad de Buenos Aires”, *Aposta. Revista de ciencias sociales*, núm. 60, enero-marzo 2014, pp. 1-27.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J., *El honor y la injuria en el Fuero de Vizcaya*, Publicaciones de la Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1973.

MARTÍN VILLAREJO, A., “Comentario al art. 113”, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), Thomson-Civitas, 2007, pp. 636-644.

MÁRTON, E., *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

MAUTNER, T., “Pufendorf and the Correlativity Theory of Rights”, recogido en *Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law*, HAAKONSEN, K. (Ed.), Ashgate, EEUU, 1999.

MCCARTHY, T., *The Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman, Deerfield (Illinois), 2018.

MCKENNA, M. P., “The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 67, 2005, pp. 225-294.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1999.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Enriquecimiento injustificado”, *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2804-2808.

MOMMSEN, T., *El Derecho penal romano*, trad. esp. DORADO, P., La España Moderna, Madrid, 1898.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “La categoría *derechos de la personalidad* y la protección de los derechos fundamentales”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo II, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENGUER, E. / CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1383-1405.

MORAIS ANTUNES, A. F., *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil (Direitos da personalidade)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MOTA PINTO, P., “O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Congreso Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-ss.

MUNAR BERNAT, P.A., “Propia imagen (derecho a la)”, *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5279-5281.

MURRAY, M. D., *Right of Publicity in a Nutshell*, West Academic Publishing, USA, 2018.

MUSATTI, A., “Specificazione e personalità”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1913, II, pp. 317-318.

NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1115-1198.

- “La reparación de los daños causados por el ruido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Libro Homenaje a Juan Roca Guillamón*, GETE-ALONSO CALERA, M^a C. (Dir.), *pendiente de publicación*, 2020, pp. 1-44 (facilitado por gentileza de la autora).

NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

O'BRIEN, D., “The Right to Privacy”, *Columbia Law Review*, vol. 2, núm. 7, 1902, pp. 437-448.

OTERO CRESPO, M., “Improcedencia de la nulidad contractual por infracción de normas ¿administrativas?”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2º trimestre, 2009, pp. 143-146.

- “Punitive Damages under Spanish Law: a subtle recognition?”, *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, MEURKENS, L. / NORDIN, E. (Eds.), Intersentia, Reino Unido, 2012, pp. 283-301.

- *La Responsabilidad Civil del Auditor de Cuentas. Pure Economic Losses. Daños causados a terceros*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- “Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum” Teodora F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. / GARCÍA RUBIO, M^a P. (Dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1107-1130.

- “La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 89-133.

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J.F., “De la monarquía visigoda y de su Código, el Libro de los jueces o fuero juzgo”, discurso introductorio a *Los Códigos españoles concordados y anotados*, T.1, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.

PALACIOS GONZÁLEZ, M^a.D. / PLACER SÁNCHEZ, F.J., “El contrato de cesión de derechos de imagen”, *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo XII*, YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 35-84.

PALAZÓN GARRIDO, M^a L., “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (Consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: Caso «*Marlene Dietrich*»”, *Actualidad Civil*, núm. 20, 12-18 mayo 2003, pp. 495-518.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Prólogo”, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, BASOZÁBAL ARRÚE, X., Civitas, Madrid, 1998, pp. 13-20.

PARDO FALCÓN, J., “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”, *Propiedad y derecho constitucional*, BASTIDA FREIJEDO, F.J. (Coord.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 347-375.

- “Art. 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 511-529.

PARRA LUCÁN, M. A., “Minoría de edad”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dirigido por GETE ALONSO Y CALERA, M.C.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 579-641.

- “El derecho de la persona cuarenta años después de la Constitución”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extra 1, 2018, pp. 369-395.

PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

PAULO, J., *Pauli Sententiae*, FOSSATI VANZETTI, M. B. (Coord.), Cedam, Padua, 1995.

PAZOS CASTRO, R., “El mal llamado “derecho al olvido” en la era de Internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 69, Núm. 2183, 2015, pp. 1-88.

PEDRO, R.T., “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergencia de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, *XX Estudos comemorativos dos 20 anos da FDPU*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 681-712.

PELES, G. N., “Right of Publicity: A Practitioner’s Enigma”, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 17, 2010, pp. 351-359.

PEREÑA, L., *De Legibus I. Edición crítica bilingüe del Tratado de Francisco Suárez*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1971.

- *De Legibus III. Edición crítica bilingüe del Tratado de Francisco Suárez*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1974.

PÉREZ MARTÍN, A., “El Fuero Juzgo, Código de Leyes del Reino de Murcia”, *El Fuero Juzgo. Estudios críticos y transcripción*, PERONA, J. (Ed.), Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, 2002.

PÉREZ ROYO, J., “Los derechos constitutivos de la personalidad”, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

PÉREZ VARGAS, V., “Los valores de la personalidad y el Derecho civil latinoamericano. Revisión crítica del derecho vigente (Perspectivas de formulación de una normativa uniforme para los países latinoamericanos)”, *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 57, 1987, pp. 161-174.

PERONA, J., “El Fuero Juzgo, Código de Leyes del Reino de Murcia”, *El Fuero Juzgo. Estudios críticos y transcripción*, PERONA, J. (Ed.), Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, 2002.

PERREAU, E. E. H., “Des droits de la personnalité”, *RTDC*, Sirey, Paris, 1909, pp. 501-536.

PESET REIG, M., “Análisis y concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 28, nº 1, 1975, pp. 29-100.

PETIT, C., *Iustitia gothica: historia social y teología del proceso en la “Lex Visigothorum”*, Public. Universidad de Huelva, Huelva, 2001.

- “España y el Código civil portugués (1867)”, *ADC*, tomo LXVI, fasc. II, 2013.

PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

PLESCIA, J., “The development of iniuria”, *Labeo*, núm. 23, 1977.

POULENC, F., *La voix humaine* (ópera), 1958.

PROSSER, W.L., *Law of Torts*, West Publishing Company, Minnesota, 1977.

PUCHTA, B. F., *Cursus der Institutionen*, Ed. PAUL BRÜGER, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1875.

PUFENDORF, S., *De la obligacion del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, Tomos I y II, traducción de DE ORTIZ, L. de la edición de 1682, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1980.

PUGLIATTI, S., *L'interpretazione musicale*, Secolo nostro, Messina, 1940.

PUGLIESE, G., *Studi sull' “iniuria”, I*, A. Giuffrè, Milán, 1941.

- “Comentario alla Sentenza Trib. Roma 23 febbraio 1955”, *Il Foro Italiano*, vol. 77, 1954, pp. 115-133.

RAMIS BARCELÓ, R., *Liber Iudiciorum*, Estudio preliminar, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

RAMIS BARCELÓ, R./ RAMIS SERRA, P., *Liber Iudiciorum*, Traducción y notas, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

RAMOS-LISSÓN, D., *La Ley según Domingo de Soto (estudio teológico-jurídico)*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

REBOLLO DELGADO, L. / SERRANO PÉREZ, M^a M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2017.

RESTA, G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene Editore, Nápoles, 2005.

- “I diritti della personalità”, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, BONILINI, G. (Dir.), Giuffrè, Milán, 2009, pp. 729-763.

- “Nuovi beni immateriali e *numerus clausus* dei diritti esclusivi”, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, RESTA, G. (Coord.), Utet Giuridica, Turín, 2011, pp. 35-73.

- *Dignità, Persone, Mercati*, G. Giappichelli Ed., Turín, 2014.

REVENGA SÁNCHEZ, M., “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)”, *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 71-98.

RIBOT IGUALADA, J., “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y propuesta de funcionamiento”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, SALAS MURILLO, S. DE/ MAYOR DEL HOYO, M^a V. (Dirs), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215-252.

RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Emily Bruylant, Bruselas, 1990.

ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

- “La interpretación del texto silencioso”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, T. II, Díez PICAZO, L. (Coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 2727-2738.

- “Un Código civil para la era de la globalización”, *Diario la Ley*, núm. 9442, Sección Tribuna, 24 de junio de 2019, pp. 1-10.

- “Billy Budd. El juez en su laberinto”, *InDret*, Vol. 1, 2020, pp. 470-482.

RODOTÀ, S., “Del ser humano al posthumano”, *Sociedad digital y Derecho*, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. / PIÑAR MAÑAS, J. L. (Coords.), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 87-93.

RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Escolásticos españoles y subjetivismo moderno (un comentario sobre el concepto de derecho en Luis de Molina y Francisco Suárez)”, *Ingenium. Revista de historia del pensamiento moderno*, nº 5, 2011, pp. 167-187.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Comentario al art. 2”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 64-73.

ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, *Anuario de Derecho civil*, VOL. 1, 1986, pp. 133-150.

ROSELLÓ MANZANO, R., *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011.

ROTHMAN, J., *The Right of Publicity. Privacy Reimagined for a Public World*, Harvard University Press, Massachusetts, 2018 A.

- “The Right of Publicity: Privacy reimagined for New York?”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 36, núm. 3, 2018 B, pp. 573-599.

ROVIRA SUEIRO, M^a E., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, *Lecciones de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 411-433.

RUBÍ PUIG, A., “Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del “conocimiento efectivo” en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010”, *InDret*, núm. 4, 2010, pp. 1-20.

- “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial”, *El derecho moral y su cuantificación*, GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I. (Coords.), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 587-631.

- “Daños por infracciones del Derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (oct-dic), 2018, pp. 53-87.

- “Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del art. 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en Derecho español”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 34, 2019, pp. 197-232.

RUIZ MIGUEL, A., “Grocio, Pufendorf y el iusnaturalismo racionalista”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, DIEZ-PICAZO, L., (Coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 2863-2891.

RUÍZ Y TOMÁS, P., *Ensayo sobre el Derecho a la propia imagen*, Reus, Madrid, 1931.

SAIZ ARNAIZ, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, CASAS BAAMONDE, M^a E. / RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 193-208.

- “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M^a E. (Dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 230-254.

SALVADOR CODERCH, P., “El título de heredero”. Respuesta al Discurso de investidura de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo como Doctor Honoris Causa en la UAB, Bellaterra, Barcelona, 1985, pp. 92-131.

- *El Mercado de las Ideas*, SALVADOR CODERCH, P. (Dir.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ, G. (Ed.), *Libro de los Fueros e Castilla*, reproduciendo la versión del Códice 431 de la Biblioteca Nacional, El Albir, Barcelona, 2008.

SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C., *España. Un enigma histórico*, Vol. I, EDHASA, Barcelona, 1976.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., (Ed.), *Las Siete Partidas (el libro del fuero de las leyes)*. Alfonso X el Sabio, Reus, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005.

- “Comentario a los artículos 105 a 112”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1533-1661.

SÁNCHEZ ARISTI, R. / OYARZABAL OYONARTE, N., “La Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital”, *La Ley mercantil*, núm. 60, julio-agosto 2019, pp. 1-55.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Honor, intimidad e imagen en el deporte*, Reus, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 1-37.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., “El derecho a la imagen de intérpretes y ejecutantes: primeras reflexiones”, DIEZ-PICAZO (Coord.), *Estudios*

jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 3069-3086.

SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., “Los daños morales por infracción del art. 14 de la Ley de propiedad intelectual”, *Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, T. II, Publicaciones Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 837-856.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, J., “La iniuria en derecho romano”, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, II, Milán, 1982, pp. 523-538.

SANTA CRUZ, J. / D’ORS, A., “A propósito de los edictos especiales “*de iniuris*””, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 49, 1979, pp. 653-660.

SANTINI, G., “Il c.d. diritto alla voce”, *Problemi attuali del diritto industriale*, A. Giuffrè, Milán, 1977, pp. 1027-1035.

SANTOS MORÓN, M^a J., *Incapacitados y derechos de la personalidad, tratamientos médicos: Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

SARTEA, C., “El derecho al desarrollo: una cuestión de justicia y solidaridad”, *DIKAION*, núm. 23, 2014, pp. 327-349.

SAVARE, M., “The Price of Celebrity: Valuing the Right of Publicity in Calculating Compensatory Damages”, *UCLA Entertainment Law review*, vol. 11, 2004, pp. 129-192.

SAVATIER, R., *Le droit de l’art et des lettres. Les travaux des muses dans les balances de la justice*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1953.

SAVIGNY, F.K., *Sistema del Derecho romano actual*, Tomo 1, trad. español de MESIA, J., y POLEY, M., F. Góngora y Compañía, Madrid, 1879.

- *La ciencia del Derecho*, traducción de *System des heutigen Römischen Rechts* (1840) por GOLDSCHMIDT, Losada, Buenos Aires, 1949.

SEISDEDOS MUÑO, A., “Artículo 162”, *Código civil comentado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 819-828.

SCHIERHOLZ, A., *Der Schutz der menschlichen Stimme gegen Übernahme und Nachahmung*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

- “7 Kapitel. Das Recht an sonstigen Persönlichkeitsmerkmalen. § 16. Das Recht an der eigenen Stimme”, *Handbuch Persönlichkeitsrecht*, GÖTTING, H.P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Dirs.), Beck, München, 2019, pp. 319-329.

SCHNEEWIND, J.B., *The Invention of Autonomy. A History of Modern Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SCHOLES, P.A. / OWEN WARD, J. / DEVOTO, D.J., *Diccionario Oxford de la Música*, T. I y II, Edhasa / Hermes / Sudamericana, Barcelona, 1984.

SCHULZ, F. (1946), *Principios de Derecho romano*, trad. esp. ABELLÁN VELASCO, M., Civitas, Madrid, 1990.

- *Classical Roman Law*, Oxford University Press, Oxford, 1951.

SCHULZE, R., “Perspectiva comparada de la codificación en Europa”, *Codificaciones del Derecho privado en el siglo XXI*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 163-187.

SCHWARZ, M. / SCHIERHOLZ, A., “Das Stimmplagiat: Der Schutz der Stimme berühmter Schauspieler und Sänger gegen Nachahmung im amerikanischen und deutschen Recht”, *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht*, BECKER, J. / LERCHE, P. / MESTMÄCHER, E.-J. (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 723-739.

SERNA, M., “La voix et le contrat: le contrat sur la voix”, *Contrats, Concurrence, Consommation (CCC)*, núm. 9, 1999, pp. 4-8.

- “L’image de la voix: du droit de l’image sonore au droit de l’image vocale”, *Image et Droit*, BLOCH, P. (Dir.), L’Harmattan, Paris, 2002, pp. 243-331.

SERRA RUÍZ, R., *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1969.

SERRANO-FERNÁNDEZ, M., “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán”, *InDret*, 4/2012, pp. 1-35.

SOTO, D. DE, *De iustitia et iure* (1556), reedición en Ed. Reus, Madrid, 1968.

STEINBERG, S.B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal*, núm. 66, 2017, pp. 839-884.

SUÁREZ, F., *De legibus et legislatore Deo*, ed. Lyon, 1619.

SUÑOL LUCEA, A., “El nuevo marco normativo de las marcas basadas en signos no tradicionales (olor, sabor, tacto). Viejos problemas y retos emergentes”, *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial. VI y VII Jornadas de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 183-195.

TERCIER, P., *Le nouveau droit de la personnalité*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984.

TORRES GARCÍA, T. / GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, T., “Presentación”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.

TORRES LANA, J.A., “Comentario a los arts. 46 y 47”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 902-917.

TREBES, A., “§ 59. Frankreich”, *Handbuch Persönlichkeitsrecht*, GÖTTING, H.P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Dirs.), Beck, München, 2019, pp. 1233-1254.

TUSHNET, R., “Raising Walls against Overlapping Rights: Preemption and the Right of Publicity”, *Notre Dame Law Review*, vol. 92, 2017, pp. 1539-1560.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista”, *ADC*, tomo LIII, 2010, pp. 1053-1123.

- *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español, Tomo I, Parte General*, Cuesta, Valladolid, 1909.

VARELA CASTRO, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188, mayo 2016, pp. 1-59.

VASCONCELOS, P.P., *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2019.

VAUNOIS, A., “Comentario a la sentencia del Tribunal civil de la Seine de 20/6/1884, *Annales de la propriété industrielle*, 1888, pp. 283-286.

VELA SÁNCHEZ SUÁREZ, F., “Introducción”, *Tratado de las leyes y de Dios legislador* de SUÁREZ, F., Volumen I (Libros I y II), Instituto de Estudios Políticos Sección de Teólogos Juristas, Madrid, 1967.

VENDRELL CERVANTES, C., “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXV, fasc. III, 2012, pp. 1107-1244.

- *El Mercado de los derechos de imagen*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

- “Protección *post mortem* del derecho a la imagen: el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí”, publicado en el blog *almacenederecho.org*, el 30 de junio de 2016. Accesible en

<https://almacenederecho.org/proteccion-post-mortem-del-derecho-la-imagen-caso-la-fundacion-gala-salvador-dali/>

- “Comentario al artículo 14”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), Civitas, Madrid, 2017 A, pp. 274-315.

- “Comentario al artículo 113”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), Civitas, Madrid, 2017 B, pp. 1378-1386.

- “El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, BASOZABAL ARRUE, X. / DEL OLMO GARCÍA, P. (Dirs.), Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 C, pp. 281-334.

VERDERA SERVER, R., “Comentario a los arts. 1092 y 1093 del Código civil”, *Código civil comentado*, CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), Vol. III, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 50-61.

VILLEY, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

- *La formation de la pensée juridique moderne*, Les Editions Montchretien, Paris, 1975.

- *Le droit et les droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983.

VIVAS TESÓN, I., “Protección «post mortem» del derecho de imagen de Salvador Dalí. Comentario a la STS de 20 de junio de 2016 (RJ 2016, 2537)”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 103, enero-abril 2017, pp. 315-344.

WADDAMS, S., “Contract and Unjust Enrichment: Competing Categories, or Complementary Concepts?”, *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, Oxford, 2008, pp. 167-183.

WARREN, S. D. / BRANDEIS, L. D., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220.

WERNER, C., *Franz Suárez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte*, Georg Joseph Manz., Regensburg, 1861.

WEST, M. / KRAUT, R. / EI CHEW, H., „I’d blush if I could. Closing Gender Divides in Digital Skills Through Education”, informe de la ONU, 2019, de acceso libre en : <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1> [Fecha de última consulta: 21/10/2019].

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Evolución histórica del Derecho de propiedad intelectual”, *RGLJ*, núm. 1, 1988, pp. 515-535.

- “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1365-1498.

- “Comentario a la STS de 20 de julio de 2018 (476/2018). Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad”, YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 217-226.

ZALDÍVAR ROBLES, J., “La protección penal del Derecho a la intimidad”, *Teoría y Derecho*, núm. 19, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 163-184.

ZEUMER, K., (1900) *Historia de la Legislación visigoda*, traducción al español por CLAVERÍA, C., Universidad de Barcelona, Barcelona, 1944.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

ZOCO ZABALA, C., “Medidas de investigación tecnológica en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: secreto de las comunicaciones, intimidad, protección de datos personales, e inviolabilidad del domicilio”, *La pantalla insomne*, MATEOS MARTÍN, C. / HERRERO GUTIÉRREZ, F.J. (Coords.), Sociedad latina de Comunicación social, 2016, pp. 648-677.

ZURILLA CARIÑANA, M^a A., *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, CARRASCO PERERA, A. (Dir.), Tecnos, Madrid, 2011.

